



Série Aperfeiçoamento de Magistrados 9

- **Fomento Mercantil  
- Factoring**
- **Propriedade Industrial**

• FOMENTO MERCANTIL - FACTORING - 7 DE OUTUBRO DE 2011

• PROPRIEDADE INDUSTRIAL - 14 DE MAIO DE 2012



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Série Aperfeiçoamento de Magistrados 9

- **Fomento Mercantil  
- Factoring**
- **Propriedade Industrial**

• FOMENTO MERCANTIL - FACTORING - 7 DE OUTUBRO DE 2011

• PROPRIEDADE INDUSTRIAL - 14 DE MAIO DE 2012

Rio de Janeiro  
EMERJ  
2012

© 2012 EMERJ

**Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ**

Trabalhos de magistrados participantes dos Cursos de: Fomento Mercantil - Factoring - 07/outubro/2011, Propriedade Industrial - 14/maio/2012, como parte do Programa de Atualização de Magistrados e Inserção Social da EMERJ, em cumprimento a exigência da ENFAM.

**Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ.**

**Editor:** Irapuá Araújo (MTb MA00124JP).

**Programação Visual:** Geórgia Kitsos, Júlio Navarro e Jaqueline Diniz.

**Assistente de editoração eletrônica:** Rafaelle Neves.

**Revisão Ortográfica:** Suely Lima, Ana Paula Maradei e Sergio Silvaes.

FOMENTO MERCANTIL: FACTORING. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. Rio de Janeiro: EMERJ, 2012.

248 p. (Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 9)

ISBN 978-85-99559-11-6

1. Direito comercial. 2. Factoring. 3. Propriedade industrial.

I. EMERJ. II. Série. III. Título.

CDD 342.2

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta obra, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Rua Dom Manoel, 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20010-090

Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-3365

**[www.emerj.tjrj.jus.br](http://www.emerj.tjrj.jus.br) - [emerjpublicacoes@tjrj.jus.br](mailto:emerjpublicacoes@tjrj.jus.br)**

# *Diretoria da* **EMERJ**

## ◆ DIRETORA-GERAL

Des<sup>a</sup>. Leila Maria Carrilo Cavalcante Ribeiro Mariano

## ◆ CONSELHO CONSULTIVO

Des<sup>a</sup>. Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo

Des. Milton Fernandes de Souza

Des. Jessé Torres Pereira Júnior

Des. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado

Des. Ricardo Couto de Castro

Des. Elton Martinez Carvalho Leme

## ◆ PRESIDENTE DA COMISSÃO ACADÊMICA

Des. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

## ◆ COMISSÃO DE INICIAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Des<sup>a</sup>. Elisabete Filizzola Assunção

Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes

Des. Wagner Cinelli de Paula Freitas

Des. Claudio Brandão de Oliveira

Des. Claudio Luis Braga Dell'Orto

Des. Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

## ◆ COORDENADOR DE ESTÁGIO DA EMERJ

Des. Edson Aguiar de Vasconcelos

## ◆ SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO

Rosângela Pereira Nunes Maldonado de Carvalho

## ◆ ASSESSORA DA DIRETORA-GERAL

Donatila Arruda Câmara do Vale



**EMERJ**

# Sumário

<b>Apresentação</b> .....	9
<b>• FOMENTO MERCANTIL - FACTORING</b> .....	11
<b>O Direito de Regresso no Contrato do Fomento Mercantil</b>	
<i>André Cortes Vieira Lopes</i> .....	13
<b>Fomento Mercantil</b>	
<i>Cláudia Cardoso de Menezes</i> .....	22
<b>A Desjudicialização dos Atos Executórios</b>	
<i>Daniela Reetz de Paiva</i> .....	33
<b>O Contrato de Factoring e as Relações Jurídicas Subjacentes</b>	
<i>Denise de Araujo Capiberibe</i> .....	41
<b>Fomento Mercantil</b>	
<i>Denise Vaccari Machado Paes</i> .....	50
<b>Fomento Mercantil</b>	
<i>Eduarda Monteiro de Castro Souza Campos</i> .....	57
<b>Arcabouço Jurídico do Fomento Mercantil</b>	
<i>Egas Moniz Barreto de Aragão Dáquer</i> .....	64
<b>Fomento Mercantil</b>	
<i>Érika Bastos de Oliveira Carneiro</i> .....	70
<b>Fomento Mercantil</b>	
<i>Eunice Bitencourt Haddad</i> .....	76
<b>Aspectos do Contrato de <i>Factoring</i> na Jurisprudência do STJ</b>	
<i>Fábio Costa Soares</i> .....	81
<b>Fomento Mercantil</b>	
<i>Flavia Machado da Silva Gonçalves Pereira</i> .....	97

<b>Algumas Considerações Sobre Factoring</b>	
<i>Hindenburg Köhler Brasil Cabral Pinto da Silva</i> .....	102
<b>O Direito de Regresso no Fomento Mercantil</b>	
<i>Katia Torres</i> .....	111
<b>O fomento mercantil – Natureza, legalidade e validade da cláusula de regresso inserida nos contratos de <i>factoring</i></b>	
<i>Leonardo Cardoso e Silva</i> .....	114
<b>Fomento Mercantil</b>	
<i>Luiz Claudio Silva Jardim Marinho</i> .....	119
<b>Fomento Mercantil</b>	
<i>Mariana Moreira Tangari Baptista</i> .....	128
<b>Fomento Mercantil</b>	
<i>Rafael Rodrigues Carneiro</i> .....	136
<b>História e Natureza Jurídica do <i>Factoring</i></b>	
<i>Rose Marie Pimentel Martins</i> .....	145
<b>Fomento Mercantil (<i>factoring</i>)</b>	
<i>Rudi Baldi Loewenkron</i> .....	153
<b>Algumas peculiaridades do contrato de fomento mercantil (<i>factoring</i>)</b>	
<i>Viviane Tovar de Mattos Abrahão</i> .....	162
<b>Anexo 1: Programa do Curso</b> .....	169
<b>Anexo 2: Parecer da Enfam</b> .....	173
<b>• PROPRIEDADE INDUSTRIAL</b> .....	183
<b>A Proteção da Marca e a Questão da Falsificação</b>	
<i>Katerine Jatahy Kitsos Nygaard</i> .....	185
<b>Propriedade Industrial e o Papel do Poder Judiciário</b>	
<i>Luiz Alberto Carvalho Alves</i> .....	196

<b>Direito Patentário e Redução de Preço de Remédios no Brasil</b>	
<i>Margaret de Oliveira Valle dos Santos</i> .....	<b>203</b>
<b>A Importância da Proteção à Propriedade Industrial, o Registro da Marca e a Repressão à Concorrência Desleal</b>	
<i>Maria da Penha Nobre Mauro</i> .....	<b>216</b>
<b>O Papel do Judiciário na Garantia de um Ambiente de Negócio Seguro</b>	
<i>Maria Isabel Paes Gonçalves</i> .....	<b>230</b>
<b>Anexo 1</b> .....	<b>239</b>
<b>Anexo 2</b> .....	<b>243</b>





**EMERJ**

## *Apresentação*

Em seu contínuo Programa de Aperfeiçoamento de Magistrados, a Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, nesta oportunidade, aborda temas de indiscutível relevância e atualidade no mundo do Direito Empresarial contemporâneo.

Ainda no ano de 2011, a EMERJ, em parceria com o SINFAC, promoveu o “II Encontro Jurídico de Fomento Mercantil”, no qual especialistas de renome discutiram sobre a matéria.

Por afinidade de temas, trata-se também nesta publicação do Seminário “Propriedade Industrial e Desenvolvimento: O Papel do Poder Judiciário”, cuja realização, em maio deste ano, foi fruto da conjugação de esforços da EMERJ, da Escola da Magistratura Regional Federal 2ª Região - EMARF, da Associação Brasileira dos Agentes da Propriedade Industrial – ABAPI, e da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual – ABPI.

Como de hábito, os magistrados que participaram dos eventos elaboraram concisos trabalhos acadêmicos, tecendo considerações acerca das matérias objeto das palestras que compuseram as respectivas programações.

E, com fito a propiciar ao maior número de operadores do direito acesso aos referidos trabalhos, publicamos aqui seu teor, desejando a todos uma boa leitura.

**Desembargadora Leila Mariano**

*Diretora-Geral da EMERJ*



**EMERJ**

- **Fomento Mercantil  
- Factoring**



# O Direito de Regresso no Contrato do Fomento Mercantil

**André Cortes Vieira Lopes**<sup>1</sup>

Segundo LUIZ LEMOS LEITE, o *fomento mercantil* é uma atividade comercial mista atípica, de natureza sinalagmática, consensual, comutativa, onerosa e *intuitu personae*<sup>2</sup>. A origem do termo “*factoring*”, palavra inglesa, remonta ao Império Romano e significa negócio feito pelo “*factor*”, que na verdade era “*aquele que fazia*”: o agente comercial da época, ao que tinha o objetivo de cuidar da logística, da recepção, da guarda e do armazenamento das mercadorias.

*Factoring* é a prestação contínua e cumulativa de serviços de assessoria mercandológica, creditícia, de seleção de riscos, de gestão de crédito, de acompanhamento de contas a receber e de outros serviços, conjugada com a aquisição *pro soluto* de créditos de empresas resultantes de suas vendas mercantis ou de prestação de serviços, realizadas a prazo.

No *factoring*, o contrato se dá entre a empresa contratada-endossante, a titular do crédito, ou o portador do título, também chamado de cliente, e a empresa endossatária ou empresa de fomento, empresa que se ocupa da administração, contabilização e cobrança, mediante comissão. A atividade tem por fim oferecer serviços de suporte e apoio gerencial, além da aquisição do crédito de ativos financeiros. O devedor será sempre o sacado.

Nos ensinamentos de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, o “*factor*” é aquele que recebe a cessão dos créditos, assumindo, posteriormente,

---

1 Juiz de Direito da 18ª Vara de Família - Capital.

2 LEITE, Luiz Lemos. “Arcabouço Jurídico do Fomento Mercantil e o Projeto de Lei Factoring”. Palestra proferida no 2º Encontro Jurídico de Fomento Mercantil.

a legitimação para acionar os devedores do título.

E assim bem define FÁBIO ULHÔA COELHO ao dizer que

*“o fomento mercantil (factoring) é um contrato pelo qual o empresário (faturizador) presta a outro (faturizado) serviços de administração do crédito concedido e garante o pagamento das faturas emitidas (maturity factoring). É comum também o contrato abranger a antecipação do crédito numa operação de financiamento (conventional factoring)”<sup>3</sup>.*

Trata-se hoje de uma atividade autorregulamentada através da Lei 8.981/95, das Circulares 1.359 e 2.715 do Banco Central do Brasil, da Resolução 2.144, de 22/02/95, do Conselho Monetário Nacional e da Instrução Normativa 16, de 10/12/1986, do DNRC. Encontra seu fundamento de validade nos arts. 5º, II e XII e 170 da Constituição Federal e no art. 425 do atual CCB, que prevê a possibilidade de contratos atípicos no ordenamento jurídico pátrio.

O serviço de *factoring* oferece ao empresariado diversas vantagens, pois, nas operações, todo o serviço de faturamento, de emissão de títulos e de cobranças ficará a cargo da empresa endossatária e, na hipótese de falta de pagamento dos títulos, haverá de arcar com os prejuízos, sem direito de regresso. E é justamente neste ponto que a proposta ao debate se faz, diante da provocação do Desembargador MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELLO, em palestra proferida no 2º Encontro Jurídico de Direito de Fomento Mercantil, realizado no dia 07 de outubro de 2011, no Hotel Sofitel-RJ, que o admite, diante da natureza atípica do contrato.

Pela corrente que admite a possibilidade de poder voltar-se, em regresso, a empresa de fomento contra quem lhe vendeu os créditos, na hipótese de inadimplemento do devedor originário do título, está WALDIRIO BULGARELLI, por razões que considera até mesmo de ordem moral, pois caso não houvesse reservado tal direito haveria

3 COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2002, p. 135.

*“incitamento à inadimplência, ao mesmo tempo em que se perderia o instituto a seriedade, desestimulando os factors em realizar transações. Entretanto, num aspecto, ... tem inteira razão: quando defende o direito de regresso se vier a comprovar-se a inexigibilidade do crédito pela sua incerteza, ilicitude ou irregularidade, ou, em se tratando de crédito materializado em título cambial ou cambiariforme, quando não recebidas as mercadorias pelo devedor, ou constatarem-se diferenças, vícios, e defeitos nas mercadorias, dentre outras hipóteses”<sup>4</sup>*

Outros, como FRAN MARTINS e FÁBIO KONDER COMPARATO, com enfoque diverso, se posicionaram no sentido de permitir o direito de regresso em função dos efeitos decorrentes do endosso, quando se tratar do endosso sem garantia, e não em função das características peculiares do contrato de *factoring*. Afirmam que, na hipótese de títulos de créditos, a cessão se fará pela forma peculiar do direito cambiário: o endosso e, neste caso, o *factor* poderá voltar-se contra o endossante, se o devedor se recusar a pagar, justamente com base nas causas apontadas no art. 8º da Lei 5.474.

ARNALDO RIZZARDO, FÁBIO ULHOA CANTO e MARIA HELENA DINIZ entendem como fora de cogitação o direito de regresso, admitindo-o, todavia, em casos excepcionais.

Leciona ARNALDO RIZZARDO<sup>5</sup> que, em nosso Direito, predomina o princípio de que o cedente é quem garante o crédito cedido (art. 296 do CC), e não é sem razão que é facultado às empresas de fomento a escolha dos créditos, recusando aqueles que não lhes forem interessantes. Portanto não seria certo nem justo dar ao *factor* um tratamento especial, tal como no desconto bancário, por isso é que as empresas de fomento recebem um *plus*, um ágio, uma remuneração, na aquisição do ativo de seu cliente, não fazendo para si, sentido permitir ao cessionário o direito de

4 RIZZARDO, Arnaldo. **Factoring**. São Paulo: RT, 2004, p. 120.

5 RIZZARDO, *op.cit.*, p. 120/121.



regresso nesta hipótese. Para ele, a remuneração do *factor* envolve o *quantum* correspondente ao risco assumido pelas vicissitudes do crédito, inserindo-se nele a possibilidade de insolvência do devedor. NEWTON DE LUCCA vai além, considerando justamente a assunção dos riscos o fator preponderante para ser o *factor* uma instituição financeira <sup>6</sup>.

Este, aliás, é o posicionamento predominante de nosso Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, de que são exemplos as emendas a seguir:

RECURSOS DE APELAÇÃO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. EMPRESA DE *FACTORING*. CONTRATO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA VINCULADO A NOTA PROMISSÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. TÍTULOS NÃO REPRESENTATIVOS DE DÉBITO. EMIS SÃO NO ÂMBITO DA ATIVIDADE DE *FACTORING*. AUSÊNCIA DE LIQUIDEZ E CERTEZA DA COBRANCA. Mérito. O *factoring* é um negócio jurídico de duração por meio do qual uma das partes, a empresa de *factoring* (o faturizador ou *factor*) adquire créditos que a outra parte (o faturizado) tem com seus respectivos clientes, adiantando as importâncias e encarregando-se das cobranças, assumindo o risco de possível insolvência dos respectivos devedores. Na prática, a empresa de *factoring* antecipa numerário ao faturizado, mediante desconto sobre o valor do título cedido, ficando com o direito de receber os valores no vencimento. Diante da natureza do contrato de *factoring*, não há direito de regresso contra o empresário que cede os créditos, razão pela qual a empresa de *factoring*, ou seja, o *factor*, assume os riscos da cobrança e, eventualmente, da insolvência do devedor, recebendo uma remuneração ou comissão, ou fazendo a compra dos créditos com redução em relação ao valor desses.

<sup>6</sup> SANTOS, Joaquim A. Penalva. **Obrigações e Contratos na Falência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 144.

Com efeito, o faturizador não pode se insurgir contra o cedente do crédito, exigindo-lhe qualquer forma de garantia, salvo se houver vício na formação do título, ou seja, o crédito deve ser legítimo. A assunção dos riscos, por parte do faturizador, é, portanto, fundamental para caracterizar o contrato de fomento mercantil. Na hipótese dos autos, o contrato que fundamenta a execução é nulo, porquanto restou comprovado que a confissão de dívida decorre de contrato de *factoring* entre as partes. Não pode o faturizador obrigar o faturizado a assinar nota promissória em garantia ao contrato firmado, visto que o crédito cedido é de titularidade de terceiros e não do faturizado, o que afasta a abstração do título e consequentemente a sua possibilidade de embasar a execução. É vedada a garantia de regresso nos contratos de *factoring*, salvo a exceção das hipóteses de ilegalidade dos títulos de crédito cedidos, o que não é o caso dos autos. Nesse sentido, certo é que a nota promissória em que se funda a execução teve sua origem em um contrato de *factoring*, constituindo, em verdade, garantia de regresso no contrato, o que não se admite. Precedentes do E.STJ. Honorários advocatícios. Os honorários sucumbenciais são aqueles que decorrem diretamente do sucesso que o trabalho levado a efeito pelo advogado proporcionou ao seu cliente em juízo, sendo fixados de acordo com a regra definida no art. 20, do CPC. Conforme dispõe o art. 20, § 4º, do CPC, nas execuções, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, que levará em conta o grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Nesse passo, em obediência aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, majora-se o valor a título de honorários advocatícios para R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), que corresponde ao percentual de 10%

sobre o valor da causa, considerando a complexidade da matéria e o tempo que perdurou a ação. Recurso dos executados, JET RIO e FERNANDO LOPES MACHADO, provido. Recurso do exequente, INTERAME-RICA FACTORING, desprovido. (TJRJ, AC **0002164-33.2000.8.19.0001**, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL Rel. DES. RENATA COTTA - Julgamento: 31/08/2011).

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. DESNECESSIDADE DE PENHORA PARA CONHECIMENTO DOS EMBARGOS. ART.736 DO CPC. CONTRATO DE *FACTORING*. CONTRATO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA SUBJACENTE. DIREITO DE REGRESSO DISFARÇADO. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. Conforme se verifica, o art.737 do CPC foi revogado pela Lei 11.382/06, que também alterou o art.736, observando que o executado poderá opor-se à execução, independentemente de penhora. É de se notar que somente para atribuição do efeito suspensivo aos embargos será necessário garantir o juízo, no termos do §1º do art.739-A da Lei Processual Civil. Afirmou o ora recorrente, quando da apresentação da impugnação aos embargos, que celebrou contrato de *factoring* com a recorrida e foi pactuada confissão de dívida que aparelha a execução e instrumentaliza o seu direito de regresso. Como sabido, no contrato de *factoring*, a empresa faturadora assume os créditos da empresa vendedora, para posterior cobrança ao comprador do produto. Assim, a pactuação de confissão de dívida desconfigura o contrato de *factoring*, conferindo disfarçado direito de regresso ao faturizador, o que não se admite no direito pátrio. APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (TJRJ, AC **0010151-37.2007.8.19.0208** DECIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL, Relator DES. JORGE LUIZ HABIB – Julgamento 12/07/2010)-

Embargos à execução. Contrato de fomento mercantil (*factoring*). Nota promissória. Garantia de recebimento dos créditos. Impossibilidade. Precedentes do STJ. Embora não regulamentado em legislação específica, o contrato de *factoring* é, por muitos, considerado um contrato atípico e se caracteriza, grosso modo, pela cessão dos direitos de crédito do faturizado ao faturizador. Distingue-se da operação bancária de desconto de títulos, já que o faturizador assume o risco pelo não pagamento pelo devedor dos títulos negociados, ao contrário do que se dá naquela operação, recebendo, para tanto, uma comissão. Assim, com exceção das hipóteses de ilegalidade dos títulos de crédito cedidos, são vedadas as garantias de regresso nos contratos de *factoring*, sendo da essência do contrato a responsabilidade do faturizador pelos riscos da impontualidade e da insolvência do devedor (sacado). Na hipótese dos autos, verifica-se que a nota promissória sob que se funda a execução teve sua origem em um contrato de *factoring* celebrado entre a empresa apelante e os apelados, conforme cláusula 3.4.2 do aditivo contratual acostado às fls. 42, constituindo, na verdade, garantia de regresso no contrato, o que não se admite. Recurso ao qual se nega seguimento. (TJRJ, AC 2009.001.69782, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL Rel. DES. MARIO ASSIS GONCALVES - Julgamento: 27/04/2010)

Nesse sentido, também o aresto do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL - AÇÃO DECLARATÓRIA - NULIDADE DE NOTAS PROMISSÓRIAS - EMPRESA DE *FACTORING* - REALIZAÇÃO DE EMPRÉSTIMOS E DE DESCONTO DE TÍTULOS COM GARANTIA DE DIREITO DE REGRESSO - IMPOSSIBILIDADE - PRÁTICA PRIVATIVA DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

INTEGRANTES DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - PRECEDENTES DESTA CORTE - INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 83 DA SÚMULA/STJ - ADEMAIS, ENTENDIMENTO OBTIDO DA ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - REEXAME DE PROVAS - ÓBICE DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ - MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA - AGRAVO IMPROVIDO. (AgRg no Ag 1071538 / SP - Relator(a) Ministro MASSAMI UYEDA- TERCEIRA TURMA - Julgamento: 03/02/2009)

Mas quando seria permitido o regresso?

Em primeiro lugar, quando a transmissão do crédito impedisse a defesa do devedor.

J. M. de CARVALHO SANTOS já dizia que

*“são sempre oponíveis as exceções que afetem a própria substância do crédito, como as de nulidade por vícios de consentimento, a prescrição etc. As exceções pessoais do devedor só podem ser opostas ao cessionário quando ele estiver, em relação àquela, na mesma situação em que estava o cedente, isto é, tenham origem anterior ao momento em que o cedente ficou ciente da cessão. Entre estas exceções, chamadas ad persona cedendis, estão as de pagamento e novação”*.<sup>7</sup>

Permite-se o regresso quando o cedente do crédito e o devedor estiverem em conluio, com dívida simulada, por exemplo, com objetivo de prejudicar o cessionário. Reza, nesta hipótese, o art. 295 do CCB que: “Na cessão por título oneroso, o cedente, ainda que não se responsabilize, fica responsável ao cessionário pela existência do crédito ao tempo em que lhe cedeu...”.

<sup>7</sup> SANTOS, J.M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. V. 14. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. p. 57.

Com relação às duplicatas, em que a cessão se materializa mediante endosso em preto, permite-se que o endossatário se volte contra o endossante nos casos previstos no art. 8º da Lei 5.474, vale dizer,

*“o comprador só poderá deixar de aceitar a duplicata por motivo de: I- avaria ou não recebimento das mercadorias, quando não expedidas ou não entregues por sua conta e risco; II – vícios, defeitos e diferenças na qualidade das mercadorias, devidamente comprovadas; III- divergências nos prazos e preços ajustados”.* ♦

### **Bibliografia:**

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 3º v. São Paulo: Saraiva. 2002.

LEITE, Luiz Lemos. **Aracabouço Jurídico do Fomento Mercantil e o Projeto de Lei Factoring**. Em 2º Encontro Jurídico de Fomento Mercantil. Rio de Janeiro, 07/10/2011.

MARTINS, Fran. **Contratos e Obrigações Comerciais**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. V. 14. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

SANTOS, Joaquim A. Penalva. **Obrigações e Contratos na Falência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. **Factoring**. São Paulo: RT, 2004.

# Fomento Mercantil

**Cláudia Cardoso de Menezes <sup>1</sup>**

Inicialmente, o ponto em estudo enquadra-se numa espécie do gênero de contrato bancário impróprio, caracterizando-se estes como contratos nos quais pesa controvérsia acerca da sua natureza bancária, sendo eles: fomento mercantil, arrendamento mercantil, alienação fiduciária em garantia e cartão de crédito.

Dentro deste prisma, o objeto da presente explanação – fomento mercantil-, conceitua-se como contrato no qual

*“um dos contratantes (faturizador) presta ao empresário (faturizado) o serviço de administração do crédito, garantindo o pagamento das faturas por este emitidas. A faturizadora assume, também, as seguintes obrigações: a) gerir os créditos do faturizado, procedendo ao controle dos vencimentos, providenciando os avisos e protestos assecuratórios do direito creditício, bem como cobrando os devedores da fatura; b) assumir os riscos do inadimplemento dos devedores; c) garantir o pagamento das faturas objeto de faturização”.*

Segundo o mestre Fábio Ulhoa Coelho, o contrato de fomento mercantil também denominado de factoring apresenta duas modalidades: o conventional factoring na qual a faturizada garante o pagamento das faturas de forma antecipada ao faturizado e o maturity factoring em que a faturizadora paga o valor das faturas ao faturizado em seu vencimento, estando presentes a atividade de administração de crédito, bem como o contrato de

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito do XII Juizado Especial Cível.

seguro, mas sem a existência de financiamento<sup>2</sup>. Neste sentido, o *conventional factoring*, tem evidente natureza bancária, em razão de se caracterizar como uma operação de intermediação creditícia, não existindo a mesma lógica quanto ao *maturity factoring*, posto que inexistente financiamento, assumindo os riscos de inadimplemento da fatura a faturizadora.

Isso posto, o Banco Central, em 22 de fevereiro de 1995, editou a Resolução nº 2.144, conceituando este contrato como: : “a atividade de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de créditos, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, e compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços”, definição igualmente constante na legislação tributária que trata sobre o imposto de renda, na Lei nº 9.249/95 alterada pela Medida Provisória nº 232, de 30/12/2004.

No Brasil, inexistente legislação específica sobre o *factoring*, estando, atualmente arquivado o Projeto de Lei nº 230/95 que sanaria a ausência de regramento legislativo acerca da matéria e as distorções na atividade, coibindo práticas ilícitas, dispendo, em seu artigo 1º:

“Art. 1º Entende-se por fomento mercantil, para os efeitos desta lei, a prestação contínua e cumulativa de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, de gestão de crédito, de seleção de riscos, de acompanhamento de contas a receber e a pagar e outros serviços, conjugada com a aquisição *pro soluto* de créditos de empresas resultantes de suas vendas mercantis, a prazo, ou de prestação de serviços.”

O BACEN possibilita a atividade de fomento mercantil a qualquer sociedade empresária, situação esta que impede a cobrança de juros superiores à taxa legal, conforme arts. 406 e 591 do Código Civil, ressalvando-se a cobrança dos serviços de administração e seguro de crédito na forma

<sup>2</sup> COELHO, Fábio Ulhoa Coelho. **Curso de Direito Comercial**. Volume 3. 10. Ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 144.



do contrato celebrado entre as partes, apresentando as empresas caráter mercantil, devendo ser observadas as mesmas regras para a abertura de empresas comerciais em geral, com o arquivamento de seus atos constitutivos na Junta Comercial, prescindindo de autorização do Banco Central, eis que não se enquadra no conceito de instituição financeira.

Ultrapassadas as questões iniciais, no tocante ao contrato de fomento mercantil, uma das questões que se levanta é a possibilidade de inserção de cláusula de regresso no *factoring*, situação que, em tese, desvirtuaria o negócio jurídico para a hipótese de desconto, através do qual o banco, em caso de inadimplemento do devedor (sacado), cobra o que é devido do cliente descontário (emitente do título). Já no fomento mercantil, não há, em regra, a possibilidade de regresso, arcando a empresa de *factoring* com os riscos do inadimplemento do terceiro devedor.

A possibilidade de inclusão de cláusula de regresso nos contratos em questão é controversa, sendo que, no início da prática de fomento mercantil, a empresa de *factoring*; assumia os riscos da cessão de crédito, caracterizando uma cessão “pro soluto”, exonerando-se o cedente que respondia apenas pela existência e legitimidade do crédito cedido. Contudo com o aumento deste negócio jurídico na sociedade, anuiu-se com a possibilidade do facturizador arcar com a responsabilidade, opcional da solvência do devedor. Nesse prisma, inexistindo previsão legal acerca da matéria, não existe vedação na livre estipulação contratual, com a inclusão de disposição da recompra do título pelo cedente, caracterizando a cessão como “pro solvendo”<sup>3</sup> - disposição que está de acordo com a redação do art. 296 do Código Civil que determina: “*Salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor*”.

Isso posto, temos que um dos elementos chaves para a perpetuação da atividade é a execução de títulos extrajudiciais, medida lançada pelas empresas que obtêm os créditos para receber os valores representados naqueles quando inadimplente o devedor.

<sup>3</sup> internet: <http://www.revistadofactoring.com.br/artigos/a-clausula-de-direito-de-regresso> e <http://www.portal dofomento.com.br/artigo.php?id=61> acesso em 18/10/2011.

Nesse sentido, um dos grandes entraves para o recebimento dos créditos provenientes de títulos extrajudiciais é o alto custo processual como meio de seu percebimento, sendo grandes as reclamações dos jurisdicionados acerca da morosidade da justiça.

Dito isto, vários mecanismos foram lançados, a partir da Reforma do Poder Judiciário para aliar a Justiça aos anseios sociais, dentre os quais a alteração legislativa do Código de Ritos é de grande valia, como forma de tornar o processo mais célere e efetivo.

Atualmente, tramita o projeto de Lei de reforma do Código de Processo Civil que prevê algumas alterações na execução de título extrajudicial e na execução em geral, dentre as quais as mais revelantes são: a previsão de que a penhora *on line* ficará adstrita ao valor exequendo, devendo a instituição financeira informar o bloqueio proporcional; a ordem da penhora de bens não é absoluta, devendo ser sopesada com os princípios da utilidade da execução e da menor onerosidade para o devedor; a adjudicação pelo credor e interessados poderá ser feita após a primeira tentativa frustrada de arrematação; não haverá distinção entre a praça e o leilão; os atos pertinentes à arrematação serão feitos mediante leilão eletrônico; o bem colocado em hasta pública poderá ser alienado na primeira hasta por valor inferior a avaliação, afastada a hipótese de preço vil; os embargos à arrematação deixaram de existir, sendo facultado ao interessado o ajuizamento de ação própria; os atos de averbação da execução, conforme art. 615-A do CPC deverão ser feitos pelo próprio exequente; é vedada a indisponibilidade total do capital do executado; será regulada a prescrição intercorrente e será extinta a ação monitória.

De outro giro, no tocante ao fomento mercantil, a jurisprudência pátria se encontra em ampla controvérsia acerca do tema. Situação essa que pode ser explicada pelo grande número de hipóteses ligadas ao *factoring* que geram demandas e a ausência de regulamentação normativa sobre a matéria. Ao passo que o Superior Tribunal de Justiça em diversos julgados sobre o tema se posiciona a cada momento com um entendimento, valendo ao profissional do direito se manter atualizado pelo acompanhamento jurisprudencial.

Neste diapasão, selecionam-se alguns julgados que refletem a posição atual daquela Egrégia Corte, os quais a seguir colacionamos:

COMERCIAL, CIVIL E PROCESSUAL. TÍTULO DE CRÉDITO. DUPLICATA ACEITA E ENDOSSADA TRANSLATIVAMENTE A EMPRESA DE “FACTORING” EM DESCONTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DE PAGAR CUMULADA COM PEDIDO LIMINAR INCIDENTAL DE CANCELAMENTO DE PROTESTO. POSSIBILIDADE. CONTRATO QUE ESTABELECE OBRIGAÇÃO À ENDOSSANTE DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO DA CESSÃO À DEVEDORA. NOTIFICAÇÃO INEXISTENTE. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO DEFICIENTE. REEXAME DE PROVA E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS NS. 5 E 7-STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO.

**I. Não é imprópria a cumulação, em ação ordinária declaratória, do pedido de reconhecimento de inexistência da dívida representada por duplicatas endossadas a empresa de “factoring”, cujo valor foi pago pela devedora diretamente à sacadora-endossante, com a postulação cautelar incidental de cancelamento de protesto das mesmas cópias.**

II. Dissídio jurisprudencial não configurado, eis que baseada a decisão do acórdão estadual, soberano na interpretação do contrato e no exame da prova, de revisão impossível em face das Súmulas ns. 5 e 7 do STJ, no entendimento de que o instrumento representativo da cessão de crédito mediante endosso de duplicatas aceitas previa, expressamente, a obrigação de a emitente das cópias e endossante notificar a devedora sacada sobre a transferência da titularidade, e que tal não

aconteceu, de modo a eximir a devedora de pagar novamente o débito, posto que já adimplido o seu ônus.

III. Ausência de prequestionamento das questões federais alusivas ao mérito, atraindo a incidência das Súmulas ns. 282 e 356 do C. STF.

IV. Recurso especial não conhecido.

(REsp 100522/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 07/05/2002, DJ 19/08/2002, p. 166)

PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. EXECUÇÃO. CONTRATO DE “VENDOR”. EXECUTORIEDADE RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ESCRITURA PÚBLICA DE PRESTAÇÃO DE GARANTIA REAL. HIPOTECA. VINCULAÇÃO COM AS DÍVIDAS EXECUTADAS. RECONHECIMENTO. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS N. 5 E 7 DO STJ.

1. Não se conhece de recurso especial que objetiva afastar a executoriedade de contratos de “vendor” se o tribunal de origem, após analisar os termos e condições de cada um dos documentos que embasam a execução, inclusive as escrituras públicas de constituição de garantia real, entendeu presentes os requisitos exigidos pelo art. 585 CPC para considerá-los títulos executivos.

2. Hipótese em que, para alterar esse entendimento, seria necessário reinterpretar cláusulas contratuais livremente pactuadas e promover nova apreciação dos fatos da causa. Incidência das Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

**3. Ademais, a operação bancária denominada “vendor” materializa-se em contratos das mais variadas formas, sendo incorreto afirmar, a priori e indistintamente, que não ostentam estes a condição de títulos executivos. No caso, os contratos apresentam valores fixos e determinados e fo-**

**ram assinados pela própria devedora, não havendo dúvida quanto à executividade daqueles documentos.**

4. O direito brasileiro admite a constituição de hipoteca para garantia de dívida futura ou condicional, própria ou de terceiros, bastando que seja determinado o valor máximo do crédito a ser garantido.

5. Recursos especiais a que se nega provimento.

(REsp 1190361/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 25/08/2011)

AÇÃO MONITÓRIA. Duplicata de prestação de serviços. Aceite (falta).

Protesto. Prova da dívida. Factoring.

**- O protesto não impugnado de duplicata sem aceite permite a propositura do procedimento monitorio, mas tal fato só por si não é suficiente para a procedência da ação.**

**- Negada a relação causal pela demandada, sem a prova da efetiva prestação dos serviços, impunha-se reconhecer a irregularidade na emissão da duplicata e a improcedência da ação. - Se não fosse assim, toda falsa duplicata levada a protesto sem impugnação seria suporte suficiente para a procedência da ação monitoria. No entanto, o devedor que se omite diante do protesto pode defender-se na ação de cobrança, e esta somente pode ser acolhida se demonstrada adequadamente a existência da dívida. - A devedora pode alegar contra a empresa de factoring a defesa que tenha contra a emitente do título.**

Recurso conhecido e provido.

(REsp 469051/RS, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 20/03/2003, DJ 12/05/2003, p. 308)

**FRUSTRADA A EXPECTATIVA DO CESSIONÁRIO DE TÍTULOS, POR FORÇA DE CONTRATO DE “FACTO-RING”, DE RECEBER O RESPECTIVO VALOR, POR ATO IMPUTÁVEL AO CEDENTE, FICA ESSE RESPONSÁVEL PELO PAGAMENTO.** JUROS - COMPUTO A PARTIR DA CITAÇÃO.

(REsp 43914/RS, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/11/1995, DJ 04/03/1996, p. 5402)

CHEQUE - ENDOSSO - FACTORING - RESPONSABILIDADE DA ENDOSSANTE-FATURIZADA PELO PAGAMENTO.

- **Salvo estipulação em contrário expressa na cártula, a endossante-faturizada garante o pagamento do cheque a endossatária-faturizadora (Lei do Cheque, Art. 21).**

(REsp 820672/DF, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/03/2008, DJe 01/04/2008)

COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. CHEQUE. INVESTIGAÇÃO DA CAUSA DEBENDI. CIRCUNSTÂNCIAS ESPECIAIS, QUE O PERMITEM. LEI N. 7.357/85. EXEGESE. HONORÁRIOS. FIXAÇÃO EQÜITATIVA. CPC, ART. 20, § 4º.

**I. A autonomia do cheque não é absoluta, permitida, em certas circunstâncias especiais, como a prática de ilícito pelo vendedor de mercadoria não entregue, após fraude notória na praça, a investigação da causa subjacente e o esvaziamento do título pré-datado em poder de empresa de “factoring”, que o recebeu por endosso.**

II. Honorários advocatícios já fixados em valor módico, não

cabendo ainda maior redução.

III. Recurso especial não conhecido.

(REsp 434433/MG, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 25/03/2003, DJ 23/06/2003, p. 378)

Processual Civil. Comercial. Recurso especial. Execução. Cheques pós-datados. Repasse à empresa de factoring. Negócio subjacente. Discussão. Possibilidade, em hipóteses excepcionais.

- A emissão de cheque pós-datado, popularmente conhecido como cheque pré-datado, não o desnatura como título de crédito, e traz como única consequência a ampliação do prazo de apresentação.

- Da autonomia e da independência emana a regra de que o cheque não se vincula ao negócio jurídico que lhe deu origem, pois o possuidor de boa-fé não pode ser restringido em virtude das relações entre anteriores possuidores e o emitente.

**- Comprovada, todavia, a ciência, pelo terceiro adquirente, sobre a mácula no negócio jurídico que deu origem à emissão do cheque, as exceções pessoais do devedor passam a ser oponíveis ao portador, ainda que se trate de empresa de factoring.**

- Nessa hipótese, os prejuízos decorrentes da impossibilidade de cobrança do crédito, pela faturizadora, do emitente do cheque, devem ser discutidos em ação própria, a ser proposta em face do faturizado. Recurso especial não conhecido.

(REsp 612423/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/06/2006, DJ 26/06/2006, p. 132)

CIVIL. CONTRATO DE “FACTORING”. JULGAMENTO EXTRA PETITA. EXCLUSÃO DO TEMA ABORDA-

DO DE OFÍCIO. JUROS REMUNERATÓRIOS. LEI DE USURA. INCIDÊNCIA. LIMITAÇÃO.

I. Inexistindo pedido ou recurso, é vedado ao órgão julgador conhecer de ofício de questão referente a direito patrimonial, a saber, a descaracterização do contrato de “factoring”, que deve ser excluída do âmbito do julgado, conforme pacificado pela e. Segunda Seção, quando do julgamento do REsp n. 541.153/RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, unânime, julgado em 08.06.2005, DJU de 14.09.2005.

**II. As empresas de “factoring” não se enquadram no conceito de instituições financeiras, e por isso os juros remuneratórios estão limitados em 12% ao ano, nos termos da Lei de Usura.**

III. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (REsp 1048341/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 10/02/2009, DJe 09/03/2009)

RECURSO ESPECIAL. TÍTULOS DE CRÉDITO. DUPLICATAS SEM CAUSA. PROTESTO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REDUÇÃO.

1. O contrato de factoring convencional é aquele que encerra a seguinte operação: a empresa-cliente transfere, mediante uma venda cujo pagamento dá-se à vista, para a empresa especializada em fomento mercantil, os créditos derivados do exercício da sua atividade empresarial na relação comercial com a sua própria clientela os sacados, que são os devedores na transação mercantil.

**2. Nada obstante os títulos vendidos serem endossados à compradora, não há por que falar em direito de regresso contra o cedente em razão do seguinte: (a) a transferência do título é definitiva, uma vez que feita sob o lastro da compra e venda de bem imobiliário, exonerando-se o en-**



**dossante/cedente de responder pela satisfação do crédito; e (b) o risco assumido pelo faturizador é inerente à atividade por ele desenvolvida, ressalvada a hipótese de ajustes diversos no contrato firmado entres as partes.**

3. Na indenização por dano moral por indevido protesto de título, mostra-se adequado o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Precedentes 4. Recurso especial conhecido em parte e provido.

(REsp 992421/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2008, DJe 12/12/2008)

(grifos nossos)

Com efeito, a atividade de “factoring”, não obstante a ausência de regulamentação legal para o seu exercício, está amplamente difundida no país, de tal forma que o Poder Judiciário tem atuado como um dos norteadores das relações jurídicas entre os figurantes deste negócio, contudo, sem suprir a carência de normatização com vistas a conferir maior segurança jurídica aos contratantes e terceiros interessados, sobretudo na hipótese de ilegalidade na constituição da dívida na sua origem. Situação que se revela extremamente prejudicial para o suposto devedor que não raro tem que se utilizar da tutela jurisdicional para desconstituir os títulos exigidos de forma indevida. ◆

# A Desjudicialização dos Atos Executórios

Daniela Reetz de Paiva <sup>1</sup>

## I - Introdução

Consoante o disposto no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Brasileira de 1988, “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos, de seu turno, prevê, em seu artigo 6º, que a execução deve ser considerada parte integrante do processo, entendimento este também esposado por nosso ordenamento jurídico, fato comprovado pela recente modificação do Código de Processo Civil (Lei 11232/2005), ao incluir o capítulo X, do Cumprimento da Sentença, no Livro VIII, do Procedimento Ordinário.

Recente pesquisa realizada pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada)<sup>2</sup> aponta, de outro giro, que o longo tempo de du-

---

1 Juíza de Direito do III Juizado Especial Cível.

---

2 “Como resultado de um acordo de cooperação técnica entre o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), assinado em 2008, o Ipea divulgou nesta quinta-feira, 31, o *Comunicado do Ipea n° 83 - Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal*. O estudo inédito apontou que um processo de execução fiscal (cobrança financeira) na Justiça Federal leva em média 2.989 dias para ser julgado, isto é, oito anos, dois meses e nove dias. E se ocorresse todas as etapas da execução fiscal, o tempo ainda seria maior: 5671 dias, quase 16 anos. ‘Quando o processo chega à Justiça, muitas vezes já passou pela via administrativa, com uma tramitação que demora em média cinco anos. Então, somando com os oito anos de espera no Judiciário, são 13 anos para conclusão do processo de execução fiscal’ observou Alexandre dos Santos Cunha, técnico de Planejamento e Pesquisa do Ipea. A pesquisa destaca que apesar do tempo médio de tramitação ser de oito anos, o tempo efetivo gasto pela Justiça trabalhando naquele processo é de 10 horas e 26 minutos. O custo médio de um processo de execução fiscal é de R\$ 4.368, e incluindo os recursos e embargos, pode chegar a R\$ 4.685,39, segundo o estudo. Porém, ao se calcular o que foi gasto diretamente no processo, o resultado é um custo de R\$ 1.854. Alexandre explica essa diferença na impossibilidade de individualizar certos gastos, como por exemplo, com a mão de obra indireta. Há também longos períodos de arquivamento, em que o processo, apesar de parado, gera custo; e ainda a perda de eficiência que ocorre em qualquer trabalho humano. Mas ressaltou que se aumentasse a eficiência da justiça, o custo total diminuiria significativamente. Para isso, o técnico defendeu uma

ração da fase executória é um dos maiores fatores da morosidade dos processos judiciais.<sup>3</sup>

A busca, pois, do ideal da razoável duração do processo passa, necessariamente, pela melhoria da execução, seja ela judicial ou extrajudicial.

É certo que o Projeto do novo Código de Processo Civil traz várias novidades e, provavelmente, irá contribuir para a diminuição do tempo de duração da fase de conhecimento dos feitos em nosso país. Todavia, não há grandes inovações em sede de execução e/ou cumprimento de sentença.

Este pequeno estudo visa, portanto, a uma rápida análise de outro tipo de sistema executório, o qual alterou vários paradigmas e dogmas doutrinários, ao desjudicializar parte dos atos executórios.

Tal sistema foi adotado de forma mais ou menos avançada em vários países europeus e está sendo estudado por vários outros povos, diante da universal necessidade de otimização dos processos e procedimentos judiciais.

## II - Um novo paradigma: o modelo francês

Há atualmente na Europa vários modelos executivos, nos quais se pode verificar a desjudicialização, em maior ou menor grau, de determinados atos executórios<sup>4</sup>.

---

grande revolução organizacional na Justiça Federal. Apontou que a forma de organização administrativa da Justiça é ultrapassada e se baseia no modelo fordista, que impede a construção de uma visão completa do processo de trabalho, privilegiando o cumprimento de tarefas, em detrimento da obtenção dos resultados." (Notícia retirada do site oficial do IPEA: [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=7872:execucao-fiscal-demora-em-media-8-anos&catid=4:presidencia&Itemid=2](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=7872:execucao-fiscal-demora-em-media-8-anos&catid=4:presidencia&Itemid=2)).

3 "A morosidade na Justiça não tem como razão os infundáveis recursos." É o que constatou um estudo do **Ipea** sobre o custo unitário do processo de execução fiscal, encomendado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e apresentado em 29 de setembro no *1 Encontro de Pesquisa Empírica em Direito*, na Universidade de São Paulo (USP), em Ribeirão Preto. 'Sempre ouvimos que há morosidade na Justiça porque as pessoas recorrem muito. Recorrem nada! São só 12%. No caso específico da execução fiscal, a culpa não é do sistema recursal', afirmou o técnico de planejamento e pesquisa do **Ipea** Alexandre Cunha, na apresentação do estudo. 'Se o processo de execução fiscal tiver todas as etapas, ele levará 16 anos! Em média, ele leva oito anos, dois meses e nove dias. Demora tanto principalmente porque a Justiça não consegue citar o réu. Ela leva mais de quatro anos para achar o executado', explicou Cunha'. (Notícia retirada do site oficial do IPEA – [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=10846&Itemid=6](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=10846&Itemid=6)).

4 "Em alguns sistemas jurídicos, o tribunal só tem de intervir em caso de litígio, exercendo então uma função de tutela. O exemplo extremo é dado pela Suécia, país em que é encarregue da execução o Sêrvio Público de Cobrança

Um desses modelos é o adotado pelos países nórdicos, onde a cobrança de dívidas se faz por meio de uma estrutura administrativa, sem qualquer dependência do aparelho judicial<sup>5</sup>.

Outro, consoante o escólio de Resende <sup>6</sup>, tem origem na França e está embasado na figura dos *huissiers de justice*, mistos de profissionais liberais e auxiliares da justiça, que possuem o monopólio da execução forçada e apreensão de bens para a conservação, segundo as disposições da Lei Francesa de 9 de julho de 1991.

Os *huissiers de justice* são nomeados em França pelo Ministério da Justiça (*Garde des Sceaux*) e possuem competência para exercer suas funções apenas no território do Tribunal de instância de suas residências, salvo raras exceções.

Devem ser formados em Direito e, após a realização de um estágio profissional remunerado e específico de dois anos, necessitam de aprovação em exames teóricos e práticos para a obtenção de um diploma de *Huissier de Justice*.

Outra maneira de se ascender à carreira é pela aprovação no exame antes mencionado, além da comprovação de dez anos de atividade profissional.

Podem exercer suas funções de forma individual ou sob a forma de

---

Forçada, que constitui um organismo administrativo e não judicial (...). Noutros países da União Européia, há um agente de execução (*huissier* em França, na Bélgica, na Holanda e na Grécia; *sheriff officer* na Escócia) que, embora seja um funcionário de nomeação oficial e, como tal, tenha o dever de exercer o cargo quando solicitado, é contratado pelo exequente e, em certos casos (penhora de bens móveis ou de créditos), actua extrajudicialmente (...), podendo desencadear a hasta pública, quando o executado não vende, dentro de um mês, os móveis penhorados (...). A Alemanha e a Áustria também têm a figura do agente de execução (*Gerichtsvollzieher*); mas este é um funcionário judicial pago pelo erário público (...); quando a execução é de sentença, o juiz só intervém em caso de litígio (...); quando a execução se baseia em outro título, o juiz exerce também uma função de controlo prévio, emitindo a fórmula executiva, sem a qual não é desencadeado o processo executivo”. Freitas, José Lebre de, *In A ação executiva depois da reforma*. 4. Ed. Coimbra. Coimbra Editora. 2004. n 1.6, p. 27-28. *apud* Júnior, Humberto Theodoro, ROCPC N 43 - SET-OUT/2006 - DOUTRINA, p. 34.

---

5 “Fruto de uma mentalidade social substancialmente diversa, grande parte das dívidas são cobradas por simples envio de uma correspondência, esse modelo executivo conta, ainda, com amplo acesso aos dados dos devedores, inexistindo qualquer forma de sigilo.” Shenk, Leonardo Faria, *In* “Distribuição de Competências no processo executivo português reformado”, **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Volume III p. 2.

---

6 Resende, José Carlos. “Balanço de um novo interveniente processual”. *In* **Balanço da Reforma da ação executiva** (encontro anual de 2004). Coimbra Editora, 2005, p. 60-61, *apud* Shenk, Leonardo Faria, *op. cit.*

sociedades (SCP, *Société Civile Professionnelle*) e devem respeitar o sigilo profissional.

A remuneração dos *huissiers de justice* é fixada, em França, pelo Decreto 96-1080, de 12 de novembro de 1996.

Tal remuneração representa um custo para os particulares e é variável, de acordo com a natureza e o objeto das atividades a serem desempenhadas.

Os *huissiers de justice* podem, dentro do estabelecido no Decreto acima referido, receber, separada ou simultaneamente, remunerações tarifadas ou livres, além de outras verbas igualmente previstas na referida norma (*ceux de déplacement, ceux de gestion du dossier, la TVA, les débours*).

Há, ainda, a previsão legal de pagamento antecipado de uma provisão para futuras despesas, além do direito de retenção por parte do *huissier de justice* para a garantia do recebimento de sua remuneração e do ressarcimento das despesas ocorridas no curso de suas atividades.

A obrigação do pagamento pode recair sobre o credor ou o devedor, mas o *huissier de justice* tem a obrigação de prestar contas detalhadas sobre seus gastos e de fornecer um recibo após o pagamento.

A par do monopólio do exercício de determinadas atividades, como as citações, intimações e penhoras, os *huissiers de justice* possuem várias outras atribuições, dentre as quais a de procurar soluções mediatórias e/ou conciliatórias para os litígios entre credores e devedores, soluções estas que podem ser, inclusive, anteriores ao processo judicial.

Os *huissiers de justice* podem também vir a exercer o papel de conselheiros de empresas em determinados momentos, além de serem mediadores em separações ou divórcio.

Há a previsão legal da requisição de auxílio policial para o melhor cumprimento de suas funções (v.g. para o despejo forçado) e os atos praticados pelos *huissiers de justice* possuem fé pública.

Tais profissionais, apesar da liberdade de que usufruem, devem, como todo auxiliar da justiça, pautar seus atos nos estritos limites do permissivo legal, além de estarem submetidos à vigilância disciplinar de uma associação pública e do Procurador da República.

Deve-se ressaltar, ainda, que as partes podem recorrer à Justiça quando sentirem que seus direitos estão ameaçados. Ademais, cabe ao juiz a análise dos conflitos relevantes ocorridos durante a execução (v.g. embargos e/ou impugnação à execução).

### III - Conclusão

À evidência, a figura do *huissier de justice* representa uma cessão de parcela do Poder Estatal, sem, contudo, implicar a abdicação do poder geral de controle, por parte do Judiciário, dos atos eventualmente praticados com excesso ou abuso de poder.

Tampouco representa a eliminação de garantias ou a violação ao devido processo legal, uma vez que o Poder Judiciário continua responsável pelo julgamento dos principais conflitos surgidos no curso da execução.

Tal estrutura foi adotada pela Holanda, Suíça, Grécia, Eslováquia, Bélgica, Luxemburgo, Polônia, Romênia, Hungria e deverá ser implementada em outros países do Leste Europeu, como Bulgária e Albânia, o que demonstra a importância - e o sucesso - do novo modelo.

Nas palavras de José Lebre de Freitas<sup>7</sup>, ao comentar a recente reforma da execução em Portugal:

*“tal como o huissier francês, o solicitador de execução é um misto de profissional liberal e funcionário público, cujo estatuto de auxiliar da justiça implica a detenção de poderes de autoridade no processo executivo. A sua existência, sem retirar a natureza jurisdicional do processo executivo, implica a sua larga desjudicialização (entendida como menor intervenção do juiz nos actos processuais) e também a diminuição dos actos praticados pela secretaria. Não impede a responsabilidade do Estado pelos actos ilícitos que o solicitador de execução pratique no exercício*

7 Freitas, José Lebre de, In “A reforma da acção executiva: agente de execução e poder jurisdicional”, **Themis**, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, ano 4, n. 7, p. 26-27, 2003), *apud* Shenk, Leonardo Faria, *op cit*.

*da função, nos termos gerais da responsabilidade do Estado pelos actos dos seus funcionários e agentes”.*

Humberto Theodoro Júnior, de seu turno, comenta:

**“Na moderna concepção do direito português, optou-se por deixar o juiz mais longe das atividades executivas. Reservou-se lhe uma tarefa tutelar desempenhada à distância. Sua intervenção não é sistemática e permanente, mas apenas eventual (...)** Não cabe ao moderno juiz português, em regra, ‘ordenar a penhora, a venda ou o pagamento, ou extinguir a instância executiva’. Tais atos, sem embargo de eminentemente executivos, ‘passaram a caber ao agente de execução’ (...)

Assim, a presença do agente de execução, embora não retire a natureza jurisdicional ao processo executivo, ‘implica a sua larga desjudicialização (entendida como menor intervenção do juiz nos atos processuais) e também a diminuição dos atos praticados pela secretaria’. É da competência, por exemplo, do agente de execução a citação e a notificação no processo executivo (...).

Fácil é concluir que o direito europeu moderno, se não elimina a judicialidade do cumprimento de sentença, pelo menos reduz profundamente a intervenção judicial na fase de realização da prestação a que o devedor foi condenado. Tal intervenção, quase sempre, dá-se nas hipóteses de litígios incidentais surgidos no curso do procedimento executório.

**Não há uniformidade na eleição dos meios de simplificar e agilizar o procedimento de cumprimento forçado das sentenças entre os países europeus. Há, porém, a preocupação comum de reduzir, quando possível, a sua judicialização.**<sup>38</sup>

Em nosso país, a recente Lei 11441/2007 permitiu aos notários a realização de inventários, partilhas, separações e divórcios consensuais, em algumas hipóteses, o que demonstra a preocupação também do legislador pátrio com a judicialização desnecessária de determinados atos.

De outro giro, a experiência hodierna em sede de recuperação judicial de empresas demonstrou a necessidade - e o sucesso - do auxílio ao magistrado de pessoas especializadas.

Acredito que devemos iniciar os debates, em nosso país, de eventual desjudicialização de atos executórios, ou corremos o risco de ver, no futuro, magistrados cada vez mais assoberbados com tarefas burocráticas e com cada vez menos tempo para a análise do mérito das causas que lhe forem confiadas.

Há que se aplaudir os avanços recentes em nosso país, que propiciaram o surgimento de penhora *on line*, *Infojud*, *Renajud*, mandado eletrônico, livro eletrônico de registro de sentenças, dentre outros.

Todavia, tais avanços geraram e gerarão uma sobrecarga cada vez maior de trabalho burocrático para a pessoa do magistrado (uma vez que todos os atos acima devem ser realizados pessoalmente pelo magistrado, com o uso de senha pessoal e eventualmente aparelhos eletrônicos também pessoais, como *i-token* de assinatura eletrônica), retirando-lhe, conseqüentemente, tempo para a análise de questões mais complexas, tais como a prolação das sentenças.

Espero que num futuro não muito distante possamos reverter tal tendência, retirando do magistrado a prática de atos eminentemente burocráticos e executórios. Caso contrário, entraremos inevitavelmente na contramão da história, e todos os esforços e avanços jurisprudenciais e tecnológicos terão sido em vão. ♦

## Bibliografia

- 1) "As Vias de Execução do Código de Processo Civil Brasileiro Reformado" - Humberto Theodoro Junior, *In* **ROCPC** Nº 43 - Set-Out/2006 - P. 31-65;



- 2) Análise da Exposição de Motivos da Lei Espanhola 1, de 07.01.2000, (*Ley De Enjuiciamiento Civil*). “Em Correspondência com as Reformas do CPC Brasileiro - Leis 11.232, de 22.12.2005 e 11.382, de 06.12.2006” - Arthur César De Souza, *In Revista de Processo – Direito Comparado*. Ed. RT. P. 69-111;
- 3) “Breves Notas Sobre Uniformização da Jurisprudência Cível em Portugal” - Carlos Manuel Ferreira da Silva - *In Revista De Processo*, 117, Ano 29, Ed. RT, P. 193-202;
- 4) “Um Novo Processo Civil Português: *À La Recherche du Temps Perdu?*” – Miguel Teixeira De Sousa, *In Revista De Processo*, Ano 33. N. 161, Ed. RT. P. 203-220;
- 5) “Distribuição de Competências no Processo Executivo Português Reformado” - Leonardo Faria Schenk, *In Revista Eletrônica de Direito Processual*, Volume III;
- 6) “A Viabilidade da Desjudicialização do Processo de Execução e a Adequação da Idéia de Monopólio de Jurisdição com os Meios Alternativos de Resolução de Conflitos - Desjudicialização da Execução”. Samy Garson. Textos disponíveis na Internet;
- 7) Sites Oficiais da Administração Francesa e dos *Huissiers De Justice*.

# O Contrato de *Factoring* e as Relações Jurídicas Subjacentes

Denise de Araujo Capiberibe<sup>1</sup>

## I - Introdução

O *factoring* ou fomento mercantil pode ser definido com a prestação contínua e cumulativa de assessoria mercadológica e creditícia, de seleção de riscos, de gestão de crédito, de acompanhamento de contas a receber e de outros serviços, conjugada com a aquisição de créditos de empresas resultantes de suas vendas mercantis ou de prestação de serviços, realizadas a prazo. Esta definição foi aprovada na Convenção Diplomática de Ottawa-Maio/88, da qual o Brasil foi uma das 53 nações signatárias, e consta do Art. 28 da Lei 8.981/95, ratificado pela Resolução 2.144/95, do Conselho Monetário Nacional.

Pela leitura da definição jurídica do contrato de *factoring*, verifica-se que a partir de sua formação, surgem três relações jurídicas diversas a serem apreciadas, a saber: a) relação entre o faturizador/cessionário e o faturizado/cedente, b) relação entre o faturizado/cedente e o devedor; c) relação entre o faturizador/credor inicial e o devedor.

Neste trabalho, analisaremos a relação jurídica formada entre o faturizador e a faturizada e os pontos de maior interesse e divergência sobre o tema.

## II - Relação Jurídica e Responsabilidade entre o Faturizador e a Faturizada

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito da 4ª Vara de Família de Madureira.

O contrato de *factoring* tem como partícipes duas empresas que celebram um contrato atípico. Desta forma, a relação entre as duas empresas é regulada pelo Direito Comum, aplicando-se as regras constantes do Código Civil e da legislação específica para dirimir os conflitos instaurados.

Surgem duas indagações a respeito da relação jurídica em apreço. A primeira diz respeito à responsabilidade da empresa faturizada quanto à existência e solvibilidade dos créditos cedidos. O segundo questionamento se refere à existência ou não de limite quanto à remuneração do faturizador, ou melhor dizendo, limite do deságio na transferência do crédito à empresa faturizadora.

Quanto à primeira indagação, o entendimento majoritário, tanto na jurisprudência como na doutrina, se consolidou no sentido de que a empresa faturizada só responde perante o faturizador pela existência do crédito, mas não pela solvência do devedor. Trata-se, portanto, de um contrato eminentemente de risco, segundo o qual a empresa de factoring adquire os créditos que a empresa faturizada possui, adiantando as importâncias, encarregando-se das cobranças e assumindo o risco de possível insolvência dos respectivos devedores.

Trago à colação as seguintes decisões sobre a questão ora em debate:

“DIREITO EMPRESARIAL. AÇÃO MONITÓRIA FUNDADA EM CONTRATO DE FOMENTO MERCANTIL. DEMANDA MANEJADA EM FACE DA SOCIEDADE FATURIZADA. PRETENSÃO QUE VAI DE ENCONTRO A NATUREZA PECULIAR DO REFERIDO CONTRATO. RESPONSABILIDADE DA FATURIZADA QUE NÃO ABRANGE A SOLVABILIDADE DO DEVEDOR, LIMITANDO-SE À EXISTÊNCIA DO CRÉDITO.1. Hipótese é de contrato de fomento mercantil no qual a sociedade apelante, na condição de faturizadora, adquiriu créditos faturados pela sociedade apelada, assumindo o risco de insolvência dos consumidores.2. A despeito do regramento específico do contrato de factoring, pretende a

sociedade apelante, faturizadora, exercer um suposto direito de regresso em face da sociedade faturizada, o que não resulta possível, vez que esta, como cedente dos títulos, responde apenas pela existência do crédito, mas não pela solvabilidade do devedor.3. Apelo improvido.” (TJRJ – 11ª C.C. – A.C. nº 0117172-48.2006.8.19.0001 julgada em 18/04/2011 – Rel. Des. Adolpho Andrade Mello)

“RECURSOS DE APELAÇÃO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. EMPRESA DE FACTO-RING. CONTRATO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA VIN-CULADO A NOTA PROMISSÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. TÍTULOS NÃO REPRESENTATIVOS DE DÉBITO. EMIS-SÃO NO ÂMBITO DA ATIVIDADE DE FACTORING. AUSÊNCIA DE LIQUIDEZ E CERTEZA DA COBRANCA. Mérito. O factoring é um negócio jurídico de duração por meio do qual uma das partes, a empresa de factoring (o faturizador ou factor) adquire créditos que a outra parte (o faturizado) tem com seus respectivos clientes, adiantando as importâncias e encarregando-se das cobranças, assumindo o risco de possível insolvência dos respectivos devedores. Na prática, a empresa de factoring antecipa numerário ao faturizado, mediante desconto sobre o valor do título cedido, ficando com o direito de receber os valores no vencimento. Diante da natureza do contrato de factoring, não há direito de regresso contra o empresário que cede os créditos, razão pela qual a empresa de factoring, ou seja, o factor, assume os riscos da cobrança e, eventualmente, da insolvência do devedor, recebendo uma remuneração ou comissão, ou fazendo a compra dos créditos com redução em relação ao valor desses. Com efeito, o faturizador não pode se insurgir contra o cedente do crédito, exigindo-lhe qualquer forma de garantia, salvo se houver vício na formação do título, ou seja,

o crédito deve ser legítimo. A assunção dos riscos, por parte do faturizador, é, portanto, fundamental para caracterizar o contrato de fomento mercantil. Na hipótese dos autos, o contrato que fundamenta a execução é nulo, porquanto restou comprovado que a confissão de dívida decorre de contrato de factoring entre as partes. Não pode o faturizador obrigar o faturizado a assinar nota promissória em garantia ao contrato firmado, visto que o crédito cedido é de titularidade de terceiros e não do faturizado, o que afasta a abstração do título e consequentemente a sua possibilidade de embasar a execução. É vedada a garantia de regresso nos contratos de factoring, salvo a exceção das hipóteses de ilegalidade dos títulos de crédito cedidos, o que não é o caso dos autos. Nesse sentido, certo é que a nota promissória em que se funda a execução teve sua origem em um contrato de factoring, constituindo, em verdade, garantia de regresso no contrato, o que não se admite. Precedentes do E. STJ. Honorários advocatícios. Os honorários sucumbenciais são aqueles que decorrem diretamente do sucesso que o trabalho levado a efeito pelo advogado proporcionou ao seu cliente em juízo, sendo fixados de acordo com a regra definida no art. 20, do CPC. Conforme dispõe o art. 20, § 4º, do CPC, nas execuções, os honorários serão fixá-los consoante apreciação equitativa do juiz, que levará em conta o grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Nesse passo, em obediência aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, majora-se o valor a título de honorários advocatícios para R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), que corresponde ao percentual de 10% sobre o valor da causa, considerando a complexidade da matéria e o tempo que perdurou a ação. Recurso dos executados, JET RIO e FERNANDO LOPES MACHADO, provido. Recurso do exequente, INTERAME-

RICA FACTORING, desprovido”. (TJRJ – 3ª C.C. – A.C. nº 0002164-33.2000.8.19.0001 julgada em 31.08.2011 – Rel. Des. Renata Cotta)

Tal posicionamento, apesar de majoritário, não é unânime, como se verifica da ementa abaixo transcrita:

“CHEQUE - ENDOSSO - FACTORING - RESPONSABILIDADE DA ENDOSSANTE-FATURIZADA PELO PAGAMENTO. - Salvo estipulação em contrário expressa na cártula, a endossante-faturizada garante o pagamento do cheque a endossatária-faturizadora (Lei do Cheque, Art. 21).” (STJ – 3ª Turma – Resp. 820672/DF - Recurso Especial nº 2006/0033681-3 julgado em 06.03.2008 - Rel. Min. Humberto Gomes de Barros)

Após a leitura integral do acórdão, verifica-se que o posicionamento do Sr. Ministro se funda em dois pontos, a saber: a) a existência de regra própria quanto ao endosso do cheque, prevista no art. 21 da Lei de Cheques; e b) a falta de regramento próprio para regulamentar a atividade de fomento mercantil no Brasil.

Pelo teor do art. 21 da Lei 7.357/85, verifica-se que o endossante somente não responderá pela solvência do devedor, se houver expressa estipulação em contrário na própria cártula, como se verifica do teor do dispositivo legal:

“Art. 21. Salvo estipulação em contrário, o endossante garante o pagamento.”

Já o segundo ponto diz respeito à falta de regramento legal da atividade de fomento mercantil, sustentando o relator do voto que não há que ser feita diferenciação se a lei não o fez. Portanto, independentemente de quem seja o endossatário, banco, empresa de fomento mercantil ou pessoa

física, responderá o cedente pelo pagamento, salvo estipulação em contrário, na forma da legislação em vigor. Tal entendimento se justifica, segundo a ótica do Sr. Ministro, visando a evitar a prática de fraude por conluio entre o suposto cedente e emitente da cártula, em que haveria a emissão de título frio com a ciência de ambos visando a fraudar o faturizador.

De fato, tais argumentos são irrefutáveis, diante da legislação em vigor, porém deve ser feita uma análise crítica e em conjunto de dois aspectos, quais sejam: a natureza do contrato de fomento mercantil e a remuneração paga à empresa faturizada para a assunção de tal risco.

Discute-se se há ou não limite à remuneração da empresa faturizadora no que tange ao preço pago à faturizada em decorrência do desconto antecipado do título de crédito.

Na jurisprudência do e. Tribunal de Justiça deste Estado parece ser tranquilo o entendimento de que a remuneração recebida pela faturizadora para desconto antecipado dos créditos, também conhecido como deságio, não está adstrito a qualquer limite.

Esta ausência de limite à remuneração da empresa faturizadora somente se sustenta se não for emitido concomitantemente outro título pelo faturizado, tal como uma confissão de dívida, visando a garantir o pagamento. Isto porque é da essência do contrato de fomento mercantil a assunção de risco e, assim, a existência de um título emitido pelo faturizado/cessionário desnatura o próprio contrato de factoring e impõe observância à limitação de taxa de juros de 1% ao mês, na forma do Decreto 22.626/33.

Perfilhando de tal entendimento, transcrevo abaixo duas decisões acerca do tema ora em debate:

“EMBARGOS DE DEVEDOR – FACTORING - EMPRÉSTIMO PESSOAL –IMPOSSIBILIDADE - Comprovado nos autos que a garantia da cessão, no caso, foram os cheques emitidos pelo próprio contratante, fica descaracterizada a operação de “factoring”, passando a ser um empréstimo pessoal com cheques em garantia, sendo vedado à empresa

de “factoring” a prática de qualquer operação com as características privativas das instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo Banco Central. Descaracterizada a operação de factoring, fica a empresa faturizadora obrigada a praticar os juros remuneratórios no limite permitido às empresas que não compõem o sistema financeiro nacional. Sentença de 1º grau que se reforma. RECURSO PROVIDO.” (TJRJ – 6ª C.C. – A.C. nº 0083301-71.1999.8.19.000 julgada em 18.11.2009 – Rel. Des. Marco Aurélio Fróes)

“APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. MEMÓRIA DE CÁLCULO. NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO. JUROS ABUSIVOS. FACTORING. LIMITAÇÃO. LEI DE USURA. NULIDADE DO CONTRATO. MULTA MORATÓRIA. INAPLICABILIDADE. 1. In casu, constata-se que a embargante não observou o artigo 739-A, § 5º, do Código de Processo Civil, tendo em vista que não informou o valor devido e nem apresentou memória de cálculo. Precedentes. Rejeição liminar dos embargos neste ponto. 2. Em virtude da recorrente não ser instituição financeira e nem integrar o Sistema Financeiro Nacional, a Lei de Usura deveria ter sido observada por ela à época da celebração do negócio jurídico, em especial o seu artigo 1º, que estabelece o limite de juros no patamar de 12% ao ano, ou seja, o dobro da taxa legal prevista no Código Civil de 1916 (6% ao ano). Doutrina. Precedente. 3. Diante da inobservância do Decreto 22.626/33, dúvidas não restam da incidência do artigo 11 da Lei de Usura c/c artigo 1º, inciso II, da MP 2.171-32/01, que prescreve a nulidade de pleno direito do contrato sub judice. Incidência dos artigos 166, inciso VII c/c 169 c/c 184, ambos do Código Civil. 4. Juros que devem se adequar ao limite de 1% ao mês. Precedentes. 5. Tendo em vista a nulidade do termo de confissão de dívida reconhecida, incabível



a aplicação do IGPM, para fins de correção monetária, e a multa moratória de 20% (vinte por cento). 6. Recurso não provido. Alteração de ofício da correção monetária, para que seja aplicado o índice da Corregedoria Geral de Justiça a partir do vencimento de cada cheque e que os juros moratórios incidam da citação”. (TJRJ – 14ª C.C. – A.C. nº 0001831-04.2009.8.19.0054 julgada em 19.10.2011 – Rel. Des. José Carlos Paes)

Em ambos os casos, somente houve a fixação do limite da remuneração do faturizador porque havia um outro título correlato, mais precisamente uma confissão de dívida emitida pela faturizada, garantindo o pagamento dos créditos cedidos.

Conclui-se que somente haverá limitação à remuneração recebida pela empresa faturizadora, se esta exigir a emissão de confissão de dívida pela empresa faturizada, o que desnatura a própria essência do contrato de fomento mercantil por lhe retirar a característica mais marcante, qual seja, o risco do negócio.

Não tendo havido emissão de título subjacente, não haveria limite no que tange à remuneração da empresa faturizadora, o que dependerá de negociação com a faturizadora, levando em consideração especialmente o risco quanto ao adimplemento dos créditos que lhe foram cedidos.

Há, entretanto, decisões sustentando que as empresas de *factoring* por não se encontrarem abrangidas pelo Sistema Financeiro Nacional, a elas não lhes são aplicadas as disposições da Lei n. 4.595/64, mas as limitações previstas na Lei de Usura, sem fazer qualquer distinção a respeito da natureza do contrato de fomento mercantil.

Perfilhando de tal entendimento, transcrevo abaixo a seguinte decisão emanada do e. Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO DE AQUISIÇÃO DE CRÉDITOS. EMPRESA DE FACTORING. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO.

1. As empresas de factoring não integram o Sistema Financeiro Nacional, de tal modo que a taxa de juros remuneratórios está limitada em 12% ao ano.
2. Agravo regimental provido.” (STJ – 4ª Turma - AgRg nos EDcl no Ag. 887676/SP 2007/0079457-8 julgada em 18.05.2010 – Rel. Des. João Otávio de Noronha)

Por questões de ordem jurídica e econômica, deve prevalecer o primeiro entendimento no sentido de inexistir limitação à remuneração cobrada pelas empresas de fomento mercantil, desde que não haja exigência pela empresa de *factoring* da emissão de título garantindo o pagamento pela empresa faturizada, sob pena de restar descaracterizado o próprio contrato diante da ausência ou minimização do risco dele inerente.

Tal entendimento se faz possível, desde que se compreenda que a remuneração recebida pelo faturizador, ou deságio, é o preço pago pela empresa de fomento para assunção do risco quanto à adimplência dos créditos cedidos. Não há, assim, a cobrança de juros pelo desconto antecipado dos créditos, mas apenas uma remuneração contratada entre duas empresas. Na verdade, concebesse a remuneração como sendo o preço pago pela faturizada à empresa de fomento mercantil pelo risco por esta assumido quanto à adimplência dos respectivos créditos.

Entendimento contrário inviabilizaria a atividade de fomento mercantil, a qual deve ser reconhecida como útil e muitas vezes necessária ao desenvolvimento da atividade de diversas empresas que dependem de tal prática como único meio de continuarem no mercado.

Evidente que se houvesse limitação da remuneração das empresas de factoring ao patamar de 12% ao ano, não haveria interesse de tais empresas em tal atividade, diante do grande risco de inadimplência.

Tal interpretação deve ser aliada à proibição de garantia de regresso da faturizada, o que descaracteriza o contrato de fomento mercantil, vinculando, em tal caso, a remuneração da empresa de fomento mercantil ao limite da Lei de Usura, visando a evitar a prática de agiotagem. ♦

# Fomento Mercantil

**Denise Vaccari Machado Paes<sup>1</sup>**

## Introdução

O presente trabalho tem por fim o de esquadriñar, ainda que, sucintamente, as lições extraídas do Seminário promovido pela EMERJ e sob o título II ENCONTRO JURÍDICO DE FOMENTO MERCANTIL.

Para tanto, valerá esta subscritora da divisão apresentada para a explanação da matéria nele tratada.

## 1. História e Conceito

O contrato de faturização ou factoring, na lição de Fran Martins, 16ª edição, Forense, páginas 425/438, é a cessão por um empresário dos créditos, na totalidade ou em parte, de suas vendas a terceiros, recebendo o primeiro do segundo o montante desses créditos, mediante o pagamento de uma remuneração.

Sua origem remonta à antiguidade e consistia na atividade de agentes, denominados de *factors*, que eram comissários dos vendedores e deles recebiam mercadorias para a venda e, em contrapartida, auferiam comissão.

Com a expansão dessa atividade, os factors encarregavam terceiros do recebimento, guarda e venda das mercadorias, cabendo-lhes, então, perceber o produto da venda, adiantando o valor aos vendedores com a devida dedução da comissão, que era a sua remuneração.

Segundo o citado autor:

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito da 19ª Vara Criminal - Capital.

*Evoluiu, desse modo, o factoring de um simples contrato de comissão para constituir um contrato em que o fator assume a posição de financiador dos empresários, adquirindo os seus créditos, mediante o pagamento dos mesmos em épocas aprazadas, mas, em regra, antes do vencimento. Uma abundante legislação foi posta em prática na Inglaterra e nos Estados Unidos, regulando as atividades dos factors; o mais antigo factor's Act da Inglaterra é de 1823 e o último 1889. Nos Estados Unidos, vários Estados baixaram leis especiais a r respeito.<sup>2</sup>*

Concluiu, então, que:

*A história do factoring tem duas etapas distintas: o factoring antigo, em que o fator era apenas um comissário do vendedor, e o factoring moderno, que é o predominante hoje. Essa mudança de orientação se fez lentamente, enquanto as operações de faturização se ampliavam nos Estados Unidos e se extinguíam na Europa.<sup>3</sup>*

No Brasil, o instituto do factoring tem sua legalidade respaldada em algumas leis especiais e em regulamentos administrativos, que o reconhecem por sua capacidade de contribuir para o crescimento das pequenas e médias empresas, sendo, aliás, uma atividade em crescimento no nosso país.

Antes, porém, e através da Circular nº 703, do Banco Central, editada em 16.6.1982, proibida foi a constituição das sociedades de factoring até que o contrato fosse regulamentado pelo Conselho Monetário Nacional.

A discussão que se acendeu fez com que, no ano de 1986, o Tribunal Federal de Recursos ordenasse o arquivamento na Junta Comercial do Rio Grande do Sul, sem anuência do Banco Central, dos atos constitutivos de

---

2 MARTINS, Fran. **Contratos e Obrigações Comerciais**. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p 427.

3 Idem (id)–, p. 427.

uma sociedade da faturização.

Após, e na data de 30.9.1988, o Banco Central revogou a Circular, sendo mister salientar que se encontra em tramitação o projeto de Lei nº 3615/2005, que encerrará a discussão legal a respeito do tema e delineará a sua forma, tal como ocorreu em 1994 com a edição da lei que dispôs sobre a franquia.

Importante frisar que a mesma já tem por norma a de que o faturizado se compromete a ceder seus créditos produtos de suas vendas a prazo e o faturizador se obriga a adquiri-los, mediante o pagamento de valores expressos nos respectivos títulos menos o deságio aplicado, que engloba os valores pertinentes à prestação do serviço, taxa de risco, da cobrança, do gerenciamento dos recebíveis, da análise de crédito e dos fornecedores etc.

E isso ao se considerar que o *factor* assume os riscos da cobrança e, eventualmente, da insolvência do devedor.

Trata-se de uma atividade lícita e que afasta a prática perniciosa do agiota, na medida em poderá a empresa se libertar e voltar a faturar com a prestação de serviço oferecida pelas empresas de *factoring*.

No entanto, e como noticiam os registros criminais, há empresas que se dizem de *factoring*, mas, na verdade, escamoteiam seus negócios lícitos e enxovalham a atividade do fomento mercantil, que fica, para alguns, como se vinculada ao ilícito.

No entanto, e como notório, agiotagem é a especulação fundada nos empréstimos de dinheiro a juros extorsivos, de modo a obter lucros incalculáveis, o que é ilegal.

Convém lembrar que a empresa de *Factoring* não pode fazer captação de recursos de terceiros, nem intermediar para emprestar recursos, como os bancos, o que equivale dizer que lhe é defesa tal prática, por ser atribuição especial dos bancos, os quais, para tanto, dependem da autorização do Banco Central.

Forçoso, assim, asseverar que o *factoring* não é banco, mas, como antes já se disse, desempenha um papel fundamental no fortalecimento da economia nacional, especialmente, para as pequenas e médias empresas, ou melhor, para os pequenos comerciantes, que, em muitas vezes, não obtém

apoio das instituições financeiras.

Todavia, as empresas de *factoring* não podem cobrar juros superiores ao limite da Lei da Usura (12% ao ano), pois que não são instituições financeiras.

Confira-se:

*PROCESSUAL PENAL. FACTORING. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. INEXISTÊNCIA. EMPRÉSTIMO A JUROS ABUSIVOS. USURA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.*

*1. A caracterização do crime previsto no art. 16, da Lei n° 7.492/86, exige que as operações irregulares tenham sido realizadas por instituição financeira.*

*2. As empresas popularmente conhecidas como factoring desempenham atividades de fomento mercantil, de cunho meramente comercial, em que se ajusta a compra de créditos vencíveis, mediante preço certo e ajustado, e com recursos próprios, não podendo ser caracterizadas como instituições financeiras.*

*3. In casu, comprovando-se a abusividade dos juros cobrados nas operações de empréstimo, configura-se o crime de usura, previsto no art. 4°, da Lei n° 1.521/51, cuja competência para julgamento é da Justiça Estadual.*

*4. Conflito conhecido para declarar a competência do juízo estadual, o suscitado. CC 98062 / SP CONFLITO DE COMPETENCIA Ministro JORGE MUSSI 2008/0174755-1 TERCEIRA SEÇÃO S325/08/2010 DJe 06/09/2010*

Também deve ser ressaltado que a empresa de *factoring* não capta recursos populares, não faz empréstimos, intermediação ou aplicação de recursos financeiros, apenas presta serviços, compra créditos (cheques ou duplicatas) vencíveis de empresas oriundos de operações mercantis desta (venda e compra de produto e prestação de serviços, com pagamento a prazo, que poderá estar representado por cheques pré-datados ou duplicatas),

com recursos próprios, mediante preço certo e ajustado com o faturizado.

Poderá, ainda, antecipar recursos não-financeiros, adquirindo, para o cliente faturizado, matéria-prima, insumos e estoques.

## 2. Do Direito e da Jurisprudência.

Restou claro que o Código Civil de 2002 não trata do *factoring* e que há em tramitação o projeto de Lei nº 3615/2005, que disporá sobre a matéria.

Enquanto isso, pode-se dizer que a empresa de *factoring* se apresenta como uma técnica financeira e de gestão empresarial, tendo como precípua função a de contribuir com o pequeno comerciante e empresário, os quais, muitas das vezes, esbarraram na dificuldade de capital de giro.

Acertados, estabelece-se a relação entre o faturizador e o faturizado, consistente essa na cessão de créditos, a título oneroso, responsabilizando-se o cedente pela existência da dívida no momento da cessão, assumindo o faturizador o risco sobre o recebimento.

Entretanto, terá direito de ação contra o faturizado se a dívida cedida não se constituir validamente. Cabe, aqui, dizer que como se torna ele credor do comprador, através da sub-rogação, deve ser aquele notificado da cessão.

Por via de consequência, tem, como credor, ação contra o comprador quando do não pagamento da dívida.

Quanto ao direito de regresso, muito se discute, mas, diante da natureza do contrato de *factoring*, não há tal direito contra o empresário que cede os créditos, porque o *factor* assume os riscos da cobrança e, eventualmente, a insolvência do devedor.

Vale, então, dizer que o faturizador não pode se insurgir contra o cedente do crédito, exigindo-lhe qualquer forma de garantia, salvo se houver vício na formação do título. A assunção dos riscos, por parte do faturizador, é, portanto, fundamental para caracterizar o contrato de fomento mercantil.

Da mesma forma, não pode o faturizador obrigar o faturizado a assinar nota promissória em garantia ao contrato firmado, visto que o cré-

dito cedido é da titularidade de terceiros e não do faturizado, o que afasta a abstração do título e conseqüentemente a sua possibilidade de embasar a execução.

Em suma, chega-se ao convencimento de ser vedada a garantia de regresso nos contratos de *factoring*, salvo a exceção das hipóteses de ilegalidade dos títulos de crédito cedidos.

Nesse sentido, já se manifestou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto a não ser permitido às empresas de *factoring* exigir garantia de pagamento de forma regressiva, porque o faturizador não pode se insurgir contra o cedente do crédito, exigindo-lhe qualquer forma de garantia, salvo se houver vício na formação do título.

Ademais, as empresas de fomento mercantil distanciam-se de instituição financeira e não estão autorizadas a conceder empréstimo, além de não lhes ser assegurado o direito de regresso e a garantia representada por aval, ou endosso.

Assim, a emissão de nota promissória por força de confissão de dívida e com o fim de disfarçar a garantia de regresso, não tem amparo legal.

No mesmo diapasão, colaciona-se a decisão do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DUPLICATA. NULIDADE. CAUSADEBENDI. AUSÊNCIA. ENDOSSO. SOCIEDADE DE FOMENTO MERCANTIL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. “A devedora pode alegar contra a empresa de factoring a defesa que tenha contra a emitente do título.” (REsp 469051/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 12/05/2003 p. 308, LEXSTJ vol. 167 p. 85, RSTJ vol. 184 p. 376)

2. “Nada obstante os títulos vendidos serem endossados à compradora, não há por que falar em direito de regresso contra o cedente em razão do seguinte: (a) a transferência do título é definitiva, uma vez que feita sob o lastro da compra e venda de bem imobiliário, exonerando-se o endossante/cedente



de responder pela satisfação do crédito; e (b) o risco assumido pelo faturizador é inerente à atividade por ele desenvolvida, ressalvada a hipótese de ajustes diversos no contrato firmado entre as partes.” (REsp 992421/RS, Rel. para Acórdão Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe 12/12/2008)3. Agravo regimental não provido. AgRg no Ag 1115325 / RS. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. 2008/0230462-3, Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI QUARTA TURMA, julgado em 01/09/2011 e publicado no DJe na data de 09/09/2011).

A emissão de nota promissória por força de confissão de dívida disfarça a garantia de regresso, o que não tem amparo legal, impondo-se o acolhimento dos embargos.

### **Conclusão:**

A operação de *factoring* é uma forma de fomento mercantil, possibilitando à empresa fomentada a cessão de seus créditos, gerados por suas vendas a prazo, a uma empresa de *factoring*.

O resultado, como diz seu próprio significado, ou seja, fomentar = promover o desenvolvimento e o progresso, é o recebimento imediato dos créditos futuros, de modo a alavancar o crescimento da pequena e média empresa, em repercutindo, positivamente, no capital de giro e do seu poder de negociação no mercado.

Por óbvias razões, o seu desvirtuamento pode configurar a nefasta atividade do agiota. ♦

# Fomento Mercantil

## Eduarda Monteiro de Castro Souza Campos<sup>1</sup>

A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro promoveu, em 7 de outubro último, o “II Encontro Jurídico de Fomento Mercantil”, contando com a participação de vários especialistas na área do direito.

Fomento Mercantil ou “Factoring” é uma atividade comercial, mista e atípica, que soma prestação de serviços à compra de ativos financeiros.

A operação de “Factoring” é um mecanismo de fomento mercantil que possibilita à empresa fomentada vender seus créditos, gerados por suas vendas a prazo, a uma empresa de “Factoring”. O resultado disso é o recebimento imediato desses créditos futuros, o que aumenta seu poder de negociação, por exemplo, nas compras à vista de matéria-prima, pois a empresa não se descapitaliza.

A operação de “Factoring” também presta serviços à empresa - cliente, em outras áreas administrativas, deixando o empresário com mais tempo e recursos para produzir e vender.

A finalidade principal da empresa de *Factoring* é o fomento mercantil. Fomentar, assessorar, ajudar o pequeno e médio empresários a solucionar seus problemas do dia a dia são as finalidades básicas de uma *Factoring*.

O *Factoring* é destinado exclusivamente às Pessoas Jurídicas, principalmente as pequenas e médias empresas.

Segundo a melhor doutrina, não são considerados fomento mercantil os seguintes contratos:

- Operações em que o contratante não seja Pessoa Jurídica;
- Empréstimo com garantia de linha de telefone, veículos, cheques, etc;

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito titular do III Juizado Especial Cível - Capital.

- Empréstimo via cartão de crédito;
- Alienação de bens móveis e imóveis;
- Financiamento ao consumo;
- Operações privativas das instituições financeiras;
- Ausência de contrato de fomento mercantil;

Algumas definições do instituto ainda carente de regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro:

Podemos conceituar o contrato de faturização como sendo um contrato: “bilateral, consensual, cumulativo, oneroso, de execução continuada, *intuitu personae*, interempresarial e atípico.”

É a prestação de serviços, em base contínua, os mais variados e abrangentes, conjugada com a aquisição de créditos de empresas, resultantes de suas vendas mercantis ou de prestação de serviços, realizadas a prazo. Esta definição, aprovada na Convenção Diplomática de Ottawa, em maio de 1988, da qual participou o Brasil com mais 52 Nações, consta do Art. 28 da Lei 8.981/95. No Brasil, traduzimos a expressão FACTORING, de origem latina, para fomento mercantil. As empresas aqui são conhecidas como sociedades de fomento mercantil. São sociedades mercantis, registradas e arquivadas nas Juntas Comerciais. (Conceito disponível na Cartilha da Anfac)

Por definição, o Factoring é uma atividade comercial, mercantil, pois coaduna a compra de direitos de créditos com a prestação de serviços, contando para tanto com recursos exclusivamente próprios.

Em essência, o *Factoring* não é uma atividade financeira. A empresa de *Factoring* não pode fazer captação de recursos de terceiros, nem intermediar para emprestar estes recursos, como os bancos. O *Factoring* não desconta títulos e não faz financiamentos.

Faz-se mister salientar que, em ocorrendo descaracterização da essência e finalidade do *Factoring*, configura-se outro instituto jurídico ou até mesmo situação real classificada como contravenção ou ilícito penal.

O processo de *Factoring* inicia-se com a assinatura de um Contrato de Fomento Mercantil (contrato-mãe, contrato principal, contrato guar-

da-chuva entre outras denominações) entre a empresa e a *Factoring* onde são estabelecidos os critérios da negociação e o fator de compra. O *Factoring* é destinado **exclusivamente** às Pessoas Jurídicas, principalmente as pequenas e médias empresas.

A empresa vende seu bem, crédito ou serviço a prazo, gerando um crédito (exemplo: Duplicata Mercantil), no valor correspondente; a empresa negocia este crédito com a *Factoring*; de posse desse crédito, a *Factoring* informa o sacado sobre o fato e a forma de cobrança (carteira ou banco); findo o prazo negociado inicialmente, a empresa sacada pagará o valor deste crédito a *Factoring*, encerrando a operação.

### **Instrumentos Legais do Fomento Mercantil – “Factoring”, consoante a HP da BANCORP:**

- Código Civil – Lei n. 3.071 de 01/01/1916 - Artigos 275 ao 296, 441 ao 457, 593 ao 609, 1065 a 1078 e 1216 a 1236
- Decreto 22.626/33 (Lei da Usura)
- Código Comercial – Lei n. 556 de 25/06/1850 - Artigos 191 a 220
- Código Penal - Artigo 160
- Lei 1.521/51
- Artigos 17, 18 e 44 da Lei 4.595/64 (Lei Bancária)
- Convenção de Genebra (Decreto 57.663/66)
- Duplicatas (Lei 5.474/68)
- Lei n. 5.474/68
- Cheque (Lei 7.357/85)
- Artigos 1º e 16 da Lei 7492/86
- Circular n. 1.359/88 do BACEN - Banco Central do Brasil
- Artigo 28, § 1º, alínea ‘c’ - 4 da Lei 8.981/95
- Resolução 2.144/95, do Conselho Monetário Nacional
- Artigo 15 da Lei 9.249/95
- Artigo 58 da Lei 9.430/96
- Artigo 58 da Lei 9.532/97
- Lei 9.613/98

- Medida Provisória 2.172/01
- Decreto 4.494/02
- Artigo 5º, incisos II e XIII da Constituição Federal
- Artigo 170 da Constituição Federal
- Ato Declaratório 51/94 da Secretaria da Receita Federal
- Resolução n. 2, do COAF, de 13.04.1999
- Prestação de serviços (Art. 594 do Código Civil)
- Compra e Venda (Arts. 481, 482, 487 e 491 do Código Civil)
- Cessão de créditos (Arts. 286 ao 298 do Código Civil)
- Vícios redibitórios (Arts. 441 ao 446 do Código Civil)
- Evicção (Arts 447 ao 457 do Código Civil)
- Solidariedade passiva (Arts. 264 e 265 do Código Civil)

O primeiro palestrante do dia foi o Dr. Luiz Lemos Leite, ex-diretor do Banco Central e Presidente da ANFAC, sobre o tema “Arcabouço Jurídico do Fomento Mercantil e Pirataria é a prática de vender ou distribuir produtos sem a expressa autorização dos Projeto de Lei de Factoring”.

Em sua palestra informou que sessenta e sete países praticam regularmente o *factoring* e que no Brasil atendem a 150.000 empresas, tratando-se de uma atividade autorregulada.

Informa que as operações de *Factoring* têm sua origem nos séculos XIV e XV, na Europa. O *factor* era um agente mercantil, que vendia mercadorias a terceiros contra o pagamento de uma comissão. Eram representantes de exportadores que conheciam muito bem as novas colônias, custodiando as mercadorias e prestando contas aos seus proprietários. Com o tempo, esses representantes passaram a antecipar o pagamento das mercadorias aos seus fornecedores, cobrando posteriormente dos compradores.

Hoje, além dos Estados Unidos, o *Factoring* é muito praticado e difundido na Inglaterra, Suécia, Noruega, Holanda, Espanha, Itália, França e Bélgica.

Entre os países da América Latina, fora o Brasil, o *Factoring* encontra expressão no México, Colômbia, Peru e Equador.

Após tal manifestação, apresentou, o Des. Alexandre Câmara, que

falou sobre a “A Execução de Títulos Extrajudiciais no Novo CPC”.

Informou que o anteprojeto somente tem um ano de tramitação, estando atualmente na Câmara dos Deputados com o nome de “Comissão dos Notáveis”, da qual faz parte o palestrante. Informou ainda que não vão surgir grandes mudanças, pois as leis sobre o tema são bastante recentes.

Informou, ainda, que há comunicação entre os livros. Não haverá mais a fraude à execução e um título deixa de ser extrajudicial e passa a ser judicial.

O palestrante acrescentou que a fraude à execução é uma inovação do Direito Brasileiro e tem sido alvo de elogios de outros países, pois se conseguiu criar uma proteção especial ao credor, mas se trata de uma proteção tênue, pois difícil de comprovar.

Com a edição da Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça, criou-se uma enorme dificuldade em se provar a fraude à execução, tornando-a mais difícil de constatar que a fraude contra credores, pois com a edição da Súmula, há necessidade de se constatar a má-fé.

Informou, ainda sobre o anteprojeto que a execução por quantia certa contra devedor solvente é chamada somente de execução de quantia certa, pois não existe mais a execução contra devedor insolvente.

Não há qualquer novidade no que diz respeito à petição inicial, mas com a aprovação da nova Lei, os honorários serão sempre de 10%. Trata-se de um valor fixo.

Houve também alteração quanto ao leilão, pois não será mais em hasta pública e será sempre que possível por meio eletrônico.

É possível ao Juízo fixar o valor mínimo para o leilão, sendo a satisfação do crédito através de pagamento em dinheiro ou adjudicação.

Com relação à defesa, é feita através de embargos, sem mudanças significativas.

O palestrante, por fim, entendeu que as mudanças foram modestas e que se deveria efetuar uma mudança mais radical que consiste na retirada da execução do Poder Judiciário com a terceirização de tal atividade. Informou que tal procedimento já ocorre na França e na Bélgica. Nesta hipótese, o Juiz não é mais o gestor da execução. Informou o palestrante

que tal discussão já se iniciou no Chile.

Houve também a manifestação do Des. Marco Aurélio Bezerra de Melo, que falou sobre a “Legalidade da Cláusula de Regresso no Contrato de Factoring”, esclarecendo que é mais do que um instrumento de transmissão.

Na opinião do palestrante, não há uma palavra para traduzir “factoring” e que está ligado a necessidade de incrementar o capital de giro das empresas.

Tem natureza jurídica atípica, mas traz similitude com a cessão de crédito. Se é feita com título de crédito, assemelha-se ao desconto bancário. Também não se trata de uma mera prestação de serviços, mas uma compra e venda de crédito.

Trata-se de um contrato consensual, oneroso, podendo ser paritário ou de adesão, comutativo, trazendo uma carga de aleatoriedade, dependendo da existência da cláusula de regresso.

Trata-se, ainda de um contrato bilateral, sem a necessidade do consentimento do devedor, mas este tem que ser notificado.

Posteriormente se manifestaram o Dr. Luiz Roberto Ayoub, que discorreu sobre os Estímulos da Lei de Recuperação Judicial, bem como o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, o Dr. Luiz Felipe Salomão que acrescentou sobre a jurisprudência dominante daquele órgão, quanto ao tema de Fomento Mercantil, tendo sido pelo mesmo encerrado o II Encontro sobre fomento mercantil. ♦

### Fontes Bibliográficas

BULGARELLI, Waldirio – **Contratos Mercantis** – 13. Ed. – São Paulo: Atlas, 2000, p. 546;

*www.anfac.com.br* (Home-Page da Associação das Empresas de Fomento Mercantil - Anfac);

*www.sinfacrj.com.br* (Home-Page do Sindicato das Sociedades de Fomento Mercantil – Factoring do Estado do Rio de Janeiro - SinfacRJ);

*www.bancorp.com.br*;

*www.jus.com.br* (Home-Page JusNavigandi).



# Arcabouço Jurídico do Fomento Mercantil

**Egas Moniz Barreto de Aragão Dáquer<sup>1</sup>**

O Fomento Mercantil, também denominado *Factoring*, tem sua origem na Europa, nos séculos XIV e XV. O factor nada mais era, àquela época, do que um agente mercantil que recebia comissão pela venda de mercadorias a terceiros. Exportadores, bons conhecedores das novas colônias eram representados por eles, que recebiam mercadorias em custódia, prestando contas posteriormente aos proprietários das mesmas.

*Factoring* é um étimo anglo-latino derivado do substantivo latino *factor, factoris*, da terceira declinação, cujo radical origina-se do verbo *facere*, que significa agir, fazer, desenvolver e fomentar.

Com o passar do tempo, passaram a antecipar o pagamento das mercadorias aos fornecedores, cobrando posteriormente dos adquirentes. Atualmente o *factoring* é muito utilizado e difundido, além dos Estados Unidos da América do Norte, na Inglaterra, Suécia, Noruega, Holanda, Espanha, Itália, França e Bélgica, e ainda em alguns países da América Latina, como Brasil, México, Colômbia Peru e Equador.

No Brasil o *factoring*, aqui denominado Fomento Mercantil, surgiu somente em 1982, com a fundação da ANFAC - Associação Nacional das Sociedades de Fomento Mercantil - *Factoring*.

O fomento mercantil ainda está carente de regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro, e, comenta-se, tal regulamentação não interessa às empresas de *Factoring*, com o objetivo de evitar que se sujeitem à fiscalização e intervenção por parte do Banco Central do Brasil. Aliás, a Circular 703 do Banco Central, de 16/06/82, praticamente proibiu a ativi-

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito da 26ª Vara Cível - Capital.

dade de *factoring* em todo o território nacional. Entretanto, em 30/09/88, outra circular, a de número 1.359 revogou aquela de número 703 e reconheceu ser o fomento mercantil uma atividade comercial mista e atípica, que consiste na prestação de serviços, conjugada com a aquisição de direitos creditórios ou créditos mercantis. A Resolução 2.144, de 22/02/95 do Conselho Monetário Nacional, por sua vez, reconheceu em definitivo a tipicidade jurídica própria e delimitou de forma contundente a área de atuação da sociedade de fomento mercantil, que não pode ser confundida com a das instituições financeiras, autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil e que têm por objeto a coleta, intermediação e aplicação de recursos de terceiros no mercado (art. 17 de Lei 4.594 de 31/12/64 e arts. 1º e 16 da Lei 7.492 de 1986).

Este panorama começou a se modificar, com a edição da circular número 2.715, de 28/08/96, do Banco Central do Brasil, que permitiu às instituições financeiras realizarem operações de crédito com empresas de fomento mercantil.

Chegou-se a cogitar tratarem-se as operações de fomento mercantil de agiotagem, sendo mal vistas durante muito tempo, estigma este que ainda não foi totalmente extirpado, e isso em parte porque não se confundem as atividades das empresas de fomento mercantil com as das instituições financeiras.

Existem algumas definições do fomento mercantil, valendo destacar tratar-se de atividade comercial, mista e atípica, que soma prestação de serviços à **compra** de ativos financeiros.

Fomento é o ato ou efeito de fomentar, o que, por sua vez quer dizer promover o desenvolvimento, o progresso de estimular; facilitar, conforme dicção do Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. Esta a base do *factoring*, ou, em nosso direito, fomento mercantil.

A operação de *factoring* possibilita à empresa fomentada vender seus créditos, gerados por suas vendas a prazo, a uma empresa de fomento mercantil, recebendo a vista seus créditos futuros, com o que aumenta sua possibilidade de negociação no mercado, evitando que se descapitalize para a realização de outros negócios, tornando-a muito mais competitiva, uma

vez que estará negociando com dinheiro seu, sem necessidade de obter empréstimos bancários. A empresa de fomento mercantil também presta serviços às suas clientes em outras áreas administrativas, o que permite ao empresário utilizar seu tempo de forma mais produtiva.

O contrato de faturização pode ser conceituado, segundo Waldírio Bulgarelli in *Contratos Mercantis*, 13ª edição, editora São Paulo, Atlas 2000, p.546, como sendo um contrato *bilateral, consensual, cumulativo, oneroso, de execução continuada, intuito personae, interempresarial e atípico*. Como se vê, somente pode ser realizado entre empresas, estando as pessoas naturais (físicas) excluídas do negócio.

Trata-se de prestação de serviços, os mais variados e abrangentes, como assessoria administrativa, cobrança de títulos ou direitos de créditos, agilidade e rapidez nas decisões, cobrança de títulos e/ou direitos de créditos, intermediação entre a empresa e seu fornecedor, análise de risco e assessoria na concessão de crédito, incluída a aquisição de créditos das empresas faturizadas, créditos estes correspondentes às vendas mercantis ou prestações de serviços, cujos pagamentos seriam feitos a prazo pelos devedores, e o são à vista ao credor pela empresa de fomento mercantil, ocorrendo, no caso, um abatimento no valor do título adquirido. Entretanto, não se trata de atividade de financiamento ou desconto de título, e isso devido principalmente às consequências legais em virtude do inadimplemento na liquidação dos títulos por seus devedores havendo, portanto, a reposição do capital de giro, principalmente das pequenas e médias empresas. Empresa de *factoring* não cobra juros porque não pode fazer empréstimos, não é uma operação de crédito, porém operação comercial.

Assim, como já se viu, são três os principais fundamentos básicos na conceituação do fomento mercantil, a saber: a) prestação de serviços; b) aquisição de créditos de empresas e c) compra e venda de créditos mercantis.

O relacionamento jurídico entre as empresas faturizadora e a faturizada é feito normalmente através de contrato formal, que pode ser de adesão, sendo o risco inerente à atividade.

Na faturização, não é necessário o consentimento do devedor, de-

vendo ele no entanto ser notificado do negócio feito, o que é indispensável, a não ser quando se trata de título que já circulou. Os títulos negociados podem estar vencidos ou a se vencerem.

Sendo o risco inerente à atividade, inexistem garantias, e, eventual cláusula de regresso, que retira, portanto, o risco, desnatura o instituto. Por tal razão as empresas faturizadoras escolhem com cuidado os títulos que irão adquirir, que tenham procedência conhecida e fundada, sendo relativamente alto o deságio no valor a ser pago pelo título adquirido, também denominado valor de comissão ou ainda “taxa” de fomento em virtude dos riscos. Como a sociedade de fomento mercantil compra créditos, como já se disse, é necessário calcular o preço pelo qual ela vai adquiri-los, o que é denominado de fator de compra. Se futuramente vier a ocorrer o direito de regresso, certamente que o fomento mercantil terá um grande incremento, facilitando o fomento das pequenas e médias empresas.

A empresa de fomento mercantil deve ter seus atos constitutivos arquivados na junta comercial, e a Instrução Normativa nº 16, de 10/12/86, dispensa a aprovação prévia do Banco Central para o arquivamento destes atos.

Existem várias modalidades de *factoring*.

No Brasil, a modalidade mais utilizada é a **convencional**, que consiste na compra dos direitos de créditos das empresas fomentadas, através de um contrato de fomento mercantil.

A segunda modalidade é a **maturity**, que ocorre quando a *factoring* passa a administrar as contas a receber, da empresa fomentada, eliminando as preocupações com a cobrança.

A terceira modalidade é a **trustee**, quando, além da cobrança e da compra de títulos, a *factoring* presta assessoria administrativa e financeira à empresa fomentada.

A quarta é a **exportação**, quando a exportação é intermediada por duas empresas de *factoring*, cada uma localizada em um dos países envolvidos, as quais garantem a operacionalidade e liquidação do negócio.

A quinta é a ***factoring de matéria prima***, quando a *factoring* se transforma em intermediária entre a empresa fomentada e seu fornecedor

de matéria-prima. Aquela compra à vista o direito futuro deste fornecedor e a empresa paga à *factoring* com o faturamento gerado pela transformação desta matéria-prima.

A jurisprudência tem-se posicionado quanto à imputação do faturizado sobre o débito, em negar procedência a tal pedido, considerando ser da responsabilidade da faturizadora, ao receber o título de crédito, verificar sua origem e circulação válida, considerando tratar-se de risco do negócio, que envolve tão somente o risco de inadimplência. Se a faturizadora não logrou êxito em cobrar os cheques que lhe foram cedidos, cujo risco assumiu quando da celebração do contrato de fomento mercantil, somente é possível imputar eventual responsabilidade do faturizado sobre o débito se houver vício quando da emissão dos títulos. (Apl. 11ª C. Cível. Des. José C. Figueiredo. Julgada em 10/12/2008. Proc. nº 2008.001.59146).

Em situação análoga, o acórdão da lavra do Des. Sidney Hartung, 4ª C. Cível, julgado em 17/02/2004, processo nº 2003.001.30036, que decidiu pela denegação do pedido de falência, considerando que o contrato de fomento mercantil (*factoring*) não admite o regresso contra o cedente dos títulos objeto da operação, sob pena de desnaturação do negócio, eis que as empresas deste ramo não podem atuar como entidades financeiras. Logo, outros títulos emitidos pelo cedente, em favor da cessionária, como garantia da liquidação daqueles primeiros, objeto da transação, não têm caráter de liquidez e certeza e não podem, dessa forma, servir de lastro para a decretação da quebra.

Outro julgado (Apl. da 17ª C. Cível, processo nº 2000.001.22125, de 28/03/2001, da lavra do Des. Fabrício Bandeira Filho), diz respeito a duplicatas "frias", mantendo o julgado de primeiro grau, ao argumento de ser da responsabilidade da empresa sacadora e de seus sócios, sob a alegação de que as assinaturas de um deles (sócios), nos contratos de fomento mercantil eram falsas, o que foi sobejamente comprovado nos autos através de perícia grafotécnica, tendo ficado também comprovado nos autos que as mesmas foram consentidas. Sentença proferida nos autos da ação monitoria rejeitando os embargos, confirmada por seus próprios fundamentos.

Finalmente, decisão da lavra da Des. Cássia Medeiros, da 18ª C.

Cível, datada de 04/06/2002, processo nº 2001.001.21647, em ação civil pública. No que interessa ao presente trabalho, dispôs sobre a limitação dos juros de sociedade de fomento mercantil. Foram consideradas as disposições contidas nos arts. 127 e 129, incisos VI e IX da CF, e arts. 81, parágrafo único, inciso III, e 91 do Código de Defesa do Consumidor, tem o Ministério Público legitimidade e interesse para promover ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos. Considerou o julgado que, não sendo as empresas de *factoring* instituições financeiras, não estão autorizadas a cobrar juros acima da taxa legal de 12% (a.a.).

Através desta decisão, foram declaradas nulas, mantendo a sentença de primeiro grau de jurisdição, duas cláusulas do contrato padrão de compra e venda mercantil, limitando os juros à taxa de 12% a.a.

Esta decisão traz à baila a discussão sobre a cobrança de juros, o que não é admitido que venha sendo feito, pela empresas de fomento mercantil. Segundo elas, não são cobrados juros, considerando que compram títulos de crédito por um valor combinado com o fomentado.

Relativamente à legislação, nada existe ainda de específico, além do que foi dito no bojo deste trabalho, relativamente ao fomento mercantil. Entretanto, diversos projetos de lei estão em tramitação no Congresso Nacional. ◆

# Fomento Mercantil

## Érika Bastos de Oliveira Carneiro<sup>1</sup>

No dia 07/10/2011, o SINFAC/RJ – Sindicato das Sociedades de Fomento Mercantil Factoring do Estado do Rio de Janeiro, em parceria com a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, promoveu o II Encontro Jurídico de Fomento Mercantil, através de cinco painéis com os seguintes temas e palestrantes:

### **Painel 1 – “Arcabouço Jurídico do Fomento Mercantil e o Projeto de Lei Factoring”**

Palestrante: Dr. Luis Lemos Leite (ex-Diretor do Banco Central e Presidente da ANFAC)

### **Painel 2 – “A Execução de Títulos Extrajudiciais no Novo CPC”**

Palestrante: Des. Alexandre Câmara – TJ/RJ

### **Painel 3 – “Legalidade da Cláusula de Regresso no Contrato de Factoring”**

Palestrante: Des. Marco Aurélio Bezerra de Melo – TJ/RJ

### **Painel 4 – “Os estímulos da Lei de Recuperação Judicial”**

Palestrante: Juiz de Direito Luiz Roberto Ayoub – TJ/RJ

### **Painel 5 – “Fomento Mercantil e a Jurisprudência do STJ”**

Palestrante: Ministro Luis Felipe Salomão – STJ

Atendendo à Resolução ENFAM de 02/03/2009, passo a dissertar acerca dos temas ministrados, ressaltando-se que a abordagem a ser feita será atrelada à praticidade dos temas.

A palestra ministrada pelo Dr. Luis Lemos Leite tratou das origens históricas do fomento mercantil. Em Roma, *factor* era a pessoa que exercia o comércio por conta de um terceiro intermediário. Por volta de 1650/1700,

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito da 1ª Vara de São Pedro da Aldeia.

*factor* denominava o representante comercial dos ingleses junto às colônias da América.

O primeiro registro, contudo, do factoring como atividade empresarial, muito assemelhada aos moldes atuais, remonta ao ano de 1808, no Estado de Nova Iorque, nos Estados Unidos.

No Brasil, a positivação do factoring até hoje ainda não foi realizada por legislação específica, estando prevista em Circulares e outros atos internos do Banco Central, além de encontrar previsão em legislações que não versam diretamente sobre a referida atividade empresarial.

Nesse particular, o palestrante ressaltou as seguintes normas que tratam sobre o assunto:

1 – Instrução Normativa n° 16/1986 do DNRC.

2 – Circular n° 1359 do BACEN que diferenciou as sociedades de factoring das instituições financeiras, reguladas pela Lei n° 4.595/64, na medida em que o factoring deve ser compreendido como uma atividade mista, de conjugação de prestação de serviços com aquisição de direitos creditórios ou créditos mercantis.

3 – Resolução n° 2.144/95 do Conselho Monetário Nacional.

4 – Lei n° 8.981/95 – legislação que trata do imposto de renda e que positivou o conceito de *factoring*.

5 – Circular n° 2.715/96 do BACEN (atual).

6 – Lei n° 9.613/98 – dispõe sobre o crime de lavagem de dinheiro e sobre a criação do COAF.

7 – Projeto de Lei n° 3.615/2000 – ainda em tramitação no Congresso Nacional.

Elaborado com base na melhor doutrina sobre a matéria, o referido projeto de lei sofreu uma série de alterações por ocasião da elaboração do substitutivo do Senado que esvazia a atividade econômica e, por essa razão, recebeu severas críticas por parte do palestrante.

Nas palavras do palestrante, consagrado autor de obra jurídica de referencia sobre o tema, o factoring é um contrato misto, comutativo, atípico, inominado, oneroso e personalíssimo, em que, através do endosso, há uma aquisição de direitos creditórios ou créditos mercantis, sendo apli-



cável o art. 481 do CC/02.

No *factoring*, os sujeitos são o endossante (cliente), o endossatário (empresa) e eventuais responsáveis solidários. O sacado não faz parte da relação jurídica contratual, havendo relação de produção e não de consumo. Neste negócio, o endossante vende à vista em dinheiro, razão pela qual há verdadeira compra e venda mercantil e não operação de crédito.

Em seguida, passou-se à palestra do Desembargador Alexandre Câmara que, atualmente, integra a comissão da Câmara dos Deputados que analisa o Projeto de Lei n° 166/2010, proveniente do Senado Federal, sendo certo que, na Câmara, o referido projeto virou o PL n° 8.046/2010.

O jurista iniciou sua exposição destacando que os títulos executivos extrajudiciais, com a reforma do CPC, passarão a ser previstos no Livro III, que é antecedido pelo Livro I (parte geral) e pelo Livro II (processo de conhecimento).

No que se refere aos títulos executivos extrajudiciais, estes não sofrerão reformas radicais, já que a matéria sofreu recentes modificações nas reformas realizadas em 2005 e 2006 pelas Leis n° 11.232/2005 e 11.382/2006.

O regramento dos títulos executivos extrajudiciais continuará sendo aplicável subsidiariamente aos títulos executivos judiciais, como ocorre no atual CPC.

O rol dos títulos executivos extrajudiciais continuará praticamente o mesmo, com exceção do crédito dos auxiliares da Justiça que desaparecerá, tendo em vista que se tornará título executivo judicial.

Surgirá um novo título extrajudicial, a saber, a parcela de rateio de despesas aprovada em assembleia condominial.

Na teoria geral da execução, o palestrante ressaltou que o novo CPC corrigirá uma distorção que atualmente vem sendo cometida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no que se relaciona à fraude em execução.

O instituto da fraude em execução é considerado pela doutrina do direito comparado como uma inovação do direito brasileiro. Isso porque se trata de um meio de defesa do direito do credor intermediário, entre a

fraude contra credores e a alienação de bem penhorado.

Diversamente da fraude contra credores, não há análise do elemento subjetivo para a caracterização da fraude em execução, pois, para a sua configuração, basta que o devedor aliene bens, de modo a se tornar insolvente, quando haja processo em curso, ainda que na fase de conhecimento, do qual o devedor tenha ciência, por citação ou por qualquer outro meio. Nas palavras de Liebman, a fraude é *in re ipsa*.

Ocorre que, ao editar o Verbete n° 375, o Superior Tribunal de Justiça esvaziou o instituto, pois, ao passar a exigir a análise de caráter subjetivo, foi além e passou a entender que seria necessária a presença de má-fé, dolo do devedor, o que sequer é exigido na fraude contra credores.

A redação do Verbete n° 375 foi repetida no anteprojeto, mas o Senado, ao elaborar o substitutivo, não aceitou a previsão do anteprojeto e fez um avanço pondo as coisas nos seus devidos lugares.

O art. 749 do projeto de lei fez mais, inverteu a lógica, de modo que o adquirente terá que comprovar a sua boa-fé, demonstrando que extraiu as certidões dos distribuidores da Comarca da situação da coisa e do domicílio do vendedor. Ao fazer tal previsão, o referido artigo rompeu a presunção de boa-fé.

O palestrante, ao tratar das modalidades de execução, deixou claro que somente falaria da execução por quantia certa, diante do tema principal da palestra.

A execução por quantia certa deixará de se chamar de execução por quantia certa de devedor solvente, porque a insolvência civil desaparecerá. Haverá apenas um concurso de credores no curso da execução.

O art. 781 trata dos requisitos da petição inicial, em que não há novidades.

O despacho liminar, contudo, deverá fixar honorários advocatícios de 10% (dez por cento) necessariamente, deixando de se usar critério equitativo para a referida fixação.

Ficará mantida a regra da redução dos honorários pela metade, no caso de pagamento no prazo de 3(três) dias.

Ao tratar da penhora, o projeto de lei do Senado permite a penhora

de todo o salário que exceder cinquenta salários mínimos. Só que tal regra é completamente dissociada da realidade, pois poucos no Brasil ganham mais que cinquenta salários mínimos.

A Comissão da Câmara irá sugerir a alteração desse dispositivo para que seja permitida a penhora de salário até a quantia equivalente a 30% do salário líquido do devedor.

O projeto dá preferência à penhora por meios eletrônico e continua adotando a posição no sentido de que deve ser incentivada a adjudicação. Não feita a adjudicação, a alienação deve ser feita preferencialmente por iniciativa particular.

O novo CPC altera terminologia e passa a falar apenas em leilão judicial, acabando com a dicotomia hasta e praça, incentivando-se também o leilão por meios eletrônicos, a saber, por páginas na internet.

Será também admitida a arrematação por lance inferior à avaliação no primeiro leilão e não apenas no segundo como ocorre atualmente.

O palestrante encerrou seu pronunciamento trazendo ao debate uma questão que já é objeto de discussão em outros países que é a retirada da execução do âmbito do Judiciário, deixando a este apenas o controle da atividade de execução feita pelo particular.

O terceiro tema abordado foi se a cláusula de regresso feriria a legalidade, desnaturando o contrato. Após fazer longa explanação sobre a natureza do *factoring*, o Desembargador Marco Aurélio Bezerra concluiu que, não havendo que se cogitar de relação de consumo, seria possível a inclusão da cláusula de regresso, desde que esta seja ressaltada, por se tratar de contrato de adesão em geral.

O Juiz de direito Luiz Roberto Ayoub fez interessantíssimas considerações sobre a nova lei de falências e sobre o procedimento de recuperação judicial e extrajudicial.

Ressaltou, entretanto, três aspectos muito relevantes da referida lei, no que se refere aos estímulos.

O primeiro estímulo seria a denominada “blindagem” da ação revocatória, uma vez que as alienações são feitas no âmbito do próprio Judiciário.

O segundo seria a eliminação da sucessão trabalhista e fiscal, conforme art. 60, parágrafo único.

O terceiro estímulo seria o fato de que aqueles que participam do projeto de recuperação judicial são considerados como extraconcursais, ou seja, recebem antes de todos.

Na última palestra, o Ministro do STJ Luis Felipe Salomão iniciou sua fala esclarecendo a estrutura do Superior Tribunal de Justiça e as peculiaridades do recurso especial.

Citou diversos acórdãos sobre *factoring*, dentre os quais destaco:

Resp 992421/RS

Resp 1048341/RS

Resp 820672/DF

Resp 434433/MG

Resp 612423/DF

Resp 469051/RS

Resp 43914/RS

Resp 10052/RS

Resp 151322

Resp 330014/SP

Resp 955353/SC

Resp 1190361/MT

Diante de todas essas colocações, acredito que este seminário tenha sido muito importante para demonstrar as peculiaridades do contrato de fomento mercantil.

Por fim, ressalto que essa é apenas uma breve exposição sobre os inúmeros temas tratados no módulo ministrado, que muito contribuiu para a discussão e a reflexão dos magistrados integrantes do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. ◆

# Fomento Mercantil

**Eunice Bitencourt Haddad <sup>1</sup>**

No II Encontro de Fomento Mercantil, realizado no dia 7 de outubro do corrente ano, foi possível a avaliação da atividade de *factoring* por vários ângulos, iniciando-se com a Exposição do Dr. Luiz Lemos Leite, ex-Diretor do Banco Central e Presidente da ANFAC, criada há 30 anos, com a finalidade de congregar as pessoas jurídicas que exercem atividade de fomento mercantil, bem como de difundir a atividade como geradora de riqueza.

O I expositor definiu *factoring* como uma atividade comercial mista atípica, consistente na prestação de serviços somada à compra de créditos resultantes de vendas mercantis.

Sendo que tal atividade é caracterizada como fomento mercantil, na medida em que expande os ativos das empresas (clientes) ao transformar o lucro que se daria a prazo em lucro à vista.

Daí a distinção do *factoring* em relação a outras atividades, tais como empréstimos, desconto de duplicatas ou de cheques, adiantamentos, crédito pessoal, consórcios e afins.

Para o regular exercício da atividade de *factoring* a empresa deve ser regularmente constituída na Junta Comercial e realizará, dentre outras, atividades de avaliação de fornecedores, clientes e sacados, acompanhamento de recebíveis oriundos de suas vendas mercantis ou de prestação de serviços, avaliação de fluxo de caixa, custos e contabilidade.

O indicador da idoneidade de uma sociedade de fomento mercantil é o fato de ser filiada à ANFAC, que provê ampla assistência jurídica, operacional, técnica, contábil, fiscal e política a mais de 750 empresas associadas. O *factoring* existe institucionalmente no Brasil desde 1982 com a

<sup>1</sup> Juíza de Direito da 5ª Vara Cível de Niterói.

criação da ANFAC; é uma atividade mercantil rigorosamente legal amparado nas normas do direito vigente no País.

As empresas de *factoring* associadas à ANFAC são sociedades mercantis legalmente constituídas e registradas nas Juntas Comerciais, que seguem as normas e procedimentos sistematizados no Código de Ética e Disciplina.

Não se pode confundir a atividade exercida pela empresa que presta serviços de *factoring* com as atividades típicas das instituições financeiras, tal qual captação de dinheiro, realização de empréstimos, com necessidade de autorização do Banco Central para operar.

Em relação às distinções com as instituições financeiras, é importante destacar que à sociedade de fomento mercantil é proibido, por lei, fazer captação de dinheiro no mercado e emprestar dinheiro. Quem capta dinheiro e empresta dinheiro é banco, que, como já dito, depende de autorização do Banco Central para funcionar. O *factoring* é instituto do direito mercantil. Presta serviços e compra créditos (direitos) de empresas, resultantes de suas vendas mercantis a prazo. A transação do *factoring* é mercantil. É uma compra definitiva em que a sociedade de fomento mercantil assume os riscos de insolvência.

Ressaltou o Palestrante, acerca da história do *factoring*, que o Banco Central do Brasil reconheceu ser o mesmo uma atividade mercantil mista atípica, mediante o compromisso firmado pela ANFAC (Associação Nacional das Sociedades de Fomento Mercantil) de não fazer qualquer tipo de intermediação de recursos de terceiros no mercado, comprar efetivamente créditos mercantis e somente realizar a prestação de seus serviços a empresas jurídicas, na forma da Circular do BC-1.1359/88.

As empresas de fomento mercantil, além de tal compromisso, têm sua atividade regulada pelas normas ditadas pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Código Civil, por Leis e Convenções, incluindo-se Ato Declaratório nº 51, de 28-9-94, da Receita Federal.

A operacionalização do *factoring* inicia-se com a prestação de serviços completando-se com a compra dos créditos advindos das vendas efetuadas pelas empresas-clientes. Segundo o I. Palestrante, as empresas

de *factoring* devem ajudar a empresa-cliente a comprar matéria-prima, a organizar a contabilidade, a fazer orçamento, a controlar o fluxo de caixa, a acompanhar suas contas a receber e a pagar, a fazer o orçamento de custos, a buscar novos clientes, a melhorar o padrão de seus produtos e a expandir as vendas. Trata-se de verdadeira parceria entre o agente de fomento mercantil e as empresas-clientes, com estreito e constante contato. Pela prestação de serviços cobra-se uma comissão.

Em segundo lugar, como consequência de todo o serviço primariamente prestado, a empresa-cliente vende à vista os direitos de suas vendas mercantis a prazo, que são comprados à vista pela sociedade de fomento mercantil e incorporados ao seu ativo patrimonial. É tipicamente uma venda e compra mercantil prevista no art. 191 do Código Comercial. Como a empresa de *factoring* compra créditos (direitos), é necessário calcular o preço pelo qual ela vai adquiri-los. Chama-se fator de compra. Empresa de *factoring* não faz empréstimos, portanto, não pode cobrar juros.

É importante também ressaltar que uma empresa de *factoring* desempenha uma série de funções e atividades à sua clientela, qual devidamente estruturada, associada a ANFAC e atualizada, contribuirá para o seu aperfeiçoamento operacional além de reduzir seus custos.

No que toca aos atributos do contrato de fomento mercantil, este pode ser classificado como bilateral, pois há dois polos, duas partes convergentes para o mesmo fim; consensual, com obrigações e direitos recíprocos; comutativo, mediante remuneração; oneroso, por um serviço ou uma venda de forma continuada e personalíssima ou intuitu personae. Entretanto, segue-se um contrato comercial atípico, como a melhor doutrina prefere. Apesar da atipicidade, o contrato de *factoring* tem objeto próprio e características que o identificam como tal.

Resumidamente, são elementos do contrato de *factoring*: (i) aquisição de créditos ou prestação de serviço discriminado; (ii) riscos para o faturizador de receber os valores cedidos pelo faturizado-cliente; (iii) cláusula expressa de não regresso contra o cedente dos créditos; (iv) liberdade de escolha por parte do faturizador das faturas ou títulos devido ao risco existente; (v) a cobrança de comissão ou taxa de remuneração.

Quanto à 'cláusula de regresso', dissertou com brilhantismo o Eminentíssimo Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo, acerca da responsabilidade das empresas de *factoring* quanto ao desconto do título, diante dos princípios norteadores do Código de Defesa do Consumidor, de acordo com a jurisprudência sobre o tema.

A assunção dos riscos, por parte do faturizador, é fundamental para caracterizar o contrato de fomento mercantil.

A relação entre faturizador e devedor existe pela sub-rogação dos créditos cedidos pelo faturizado, que se liberou, em termos, da responsabilidade do negócio.

Poderá acontecer que a relação entre faturizador e faturizado seja 'dupla', ou seja, o direito de regresso.

Concluimos, assim, que o *factoring* não tem vinculação com o sistema financeiro, apesar da proximidade com o instituto do desconto bancário. E por isso está impedida de exercer atividades próprias de bancos, seguradoras, etc., aquelas dispostas na Lei 4.595/64 e de acordo com a definição da Lei 8.981/95.

A empresa de *factoring* tem caráter mercantil (ou comercial), bastando a inscrição dos seus estatutos na Junta Comercial e alvará de funcionamento junto ao município.

A atividade de fomento mercantil, como o próprio nome já diz, fomenta a economia. Eis que as empresas de pequeno e até de médio porte que não têm condições boas para o giro de capital, utilizam-se de tal instituto para transmudar o faturamento a prazo para faturamento à vista. Como sói acontecer com os cheques pós-datados (conhecidos vulgarmente como pré-datados).

Para conseguir vender diante da crise econômica em que se encontra o país, no cotejo com o estímulo ao consumismo por toda mídia, o comércio atrai os consumidores com ofertas de parcelamento com cheques para 30, 60 e até 90 dias. Os consumidores, de fato, são atraídos, e pagam o preço com a emissão de tais cheques. A empresa, então, que é cliente de uma empresa de *factoring*, vende os títulos, com desconto da comissão cobrada, e antecipa o faturamento.



Não se trata de agiotagem, na medida em que visa promover o desenvolvimento da empresa, prestando, como já dito, diversas atividades primariamente até que se chegue à finalidade de *per si*. O *factoring* contribui para o incremento das atividades produtivas e concorre para melhorar a liquidez do sistema econômico

Ressalte-se, mais uma vez, que todas as sociedades de fomento mercantil são sociedades legalmente constituídas, com sua atividade econômica definida no seu objeto social, e registradas nas Juntas Comerciais. Tais empresas firmam um termo de compromisso de praticar o Fomento dentro da legalidade e pagam regularmente todos os seus impostos (IR, CSLL, COFINS, PIS, INSS, CPMF e ISS).

Com isso, a empresa-cliente deixa de contratar empréstimo pessoal, muito mais burocrático, porém, muitas vezes, com taxas menores.

Enfim, a atividade de fomento mercantil é essencial para a economia do país, fazendo com que a ANFAC tenha, cada vez mais, um papel de tamanha importância na sociedade brasileira. ♦

# Aspectos do Contrato de *Factoring* na Jurisprudência do STJ

Fábio Costa Soares <sup>1</sup>

## 1- Introdução

Trata-se de breve estudo sobre o contrato de *factoring*, ou fomento mercantil, com exame sobre alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre matéria específica e ainda carente de regulamentação sistemática pelo Congresso Nacional.

Apesar de figurarem como partes pessoas que se enquadrem na definição de fornecedor do CDC (artigo 3º), o contrato contém objeto restrito aos interesses do faturizado e do faturizador, mas dele também decorrem direitos e obrigações entre o faturizador e a parte que contratou anteriormente com o faturizado.

O exame da questão poderá revelar o grau de importância do contrato de fomento mercantil na sociedade de consumo.

## 2 - Contrato de *Factoring*

O Contrato de *factoring* é relativamente recente na prática comercial e não está disciplinado no Código Civil. A liberdade contratual consagrada nos Códigos advindos após a Revolução Francesa do final do século XVIII possibilitou a formação de contratos destinados a reger relações ainda não previstas de forma específica, desde que observados os pressupostos clássicos de validade do negócio jurídico (agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei). A doutrina vem construindo o conceito do

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito do Juizado Especial Cível de Cabo Frio.

contrato de *factoring* com base na observância do objeto das relações contratuais travadas entre as pessoas que ocupam os polos da relação jurídica. Conforme definido por FRAN MARTINS, *contrato de factoring é “aquele em que um comerciante cede a outro os créditos, na totalidade ou em parte, de suas vendas a terceiros, mediante o pagamento de uma remuneração”*.<sup>2</sup> ARNALDO RIZZARDO leciona que pelo contrato de *factoring* “*um comerciante ou industrial denominado ‘faturizado’, cede a outro, que é o faturizador ou ‘factor’, no todo ou em parte, créditos originados de vendas mercantis*”.<sup>3</sup>

Os conceitos apresentados pelos eminentes doutrinadores revelam a percepção de apenas parte das atividades desenvolvidas pelas empresas de *factoring*. Portanto, são conceitos restritos, haja vista que não contemplam todas as atividades que podem ser objeto do contrato de fomento mercantil, ou *factoring*.

Na doutrina, LUIZ LEMOS LEITE se dedicou ao profundo estudo do tema, asseverando:

*“Factoring não é operação financeira. Não é empréstimo. Não é desconto. Muito menos compra de faturamento. Factoring é Factoring. Mesmo porque é pacífico e consagrado nesse Banco Central e na jurisprudência dos nossos tribunais que somente com a conjunção dos três pressupostos do caput do artigo 17 da Lei no 4.595/64 – coleta, intermediação e aplicação – se caracteriza atividade financeira. Já o factoring compreende uma relação complexa, de múltiplas funções. Só se opera o factoring se ocorrer a combinação de funções e serviços executados de forma contínua, que pode ter por consequência a compra de bens ou serviços produzidos por uma empresa comercial ou industrial, representados pelos direitos creditórios decorrentes das suas vendas mercantis a prazo. Esse encadeamento é essencial.”*<sup>4</sup>

---

2 MARTINS, Fran. **Contratos e Obrigações Comerciais**. 14a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 469.

3 RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 2a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 1010.

4 LEITE, Luiz Lemos. **Factoring no Brasil**. 6a Ed. São Paulo: ATLAS S.A., 1999, p. 53.

*Factoring*, segundo o mesmo Professor, é a execução contínua de prestação dos serviços de a) alavancagem mercadológica (busca de novos clientes produtos e mercado), ou b) avaliação de riscos, ou c) seleção de compradores sacados, ou d) acompanhamento de contas a receber e a pagar<sup>5</sup>, conjugados aqueles serviços com a compra pro soluto de créditos (direitos) resultantes das vendas mercantis realizadas a prazo pela empresa cliente.<sup>6</sup>

Assim, o *factoring* configura atividade complexa e consiste na prestação cumulativa e contínua de serviços variados. O artigo 28, parágrafo 1o, c.4 da Lei 8.981, de 20 de janeiro de 1995 conceituou *factoring* e foi posteriormente revogado pelo artigo 15, parágrafo 1o, III, d da Lei 9.249, de 26 de dezembro de 1995, que assim define o *factoring*:

*“prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (factoring)”*.

Apesar da conceituação daquela atividade no texto da Lei 9.249/95, ainda inexistente no direito brasileiro lei específica sobre o contrato de *factoring*. Entretanto, está em tramitação no Congresso Nacional o PLC 13/2007, que disciplina o contrato de fomento empresarial e as sociedades de fomento empresarial. O artigo 2o do referido Projeto conceitua o contrato de *factoring*:

Art. 2º Contrato de fomento empresarial é aquele pelo qual uma parte transmite à outra, total ou parcialmente, a título oneroso, créditos decorrentes de suas atividades empresariais. Parágrafo único. O contrato de fomento empresarial poderá

---

5 Idem, *op.cit.*, p. 56.

---

6 Idem, *op.cit.*, p. 56.

prever, ainda, a prestação de serviços relacionados à atividade empresarial, tais como:

- I – assessoria sobre o processo produtivo ou mercadológico;
- II – avaliação e seleção de clientes ou fornecedores;
- III – análise e gestão de créditos;
- IV – acompanhamento de contas a pagar e a receber.

Portanto, o contrato de *factoring* é atípico e composto por diversas atividades praticadas de forma contínua, que não se restringem à simples atividade de transferência de crédito e direitos, figurando como partes a empresa faturizadora (cessionária) e a pessoa faturizada (cedente). A transferência do crédito, ou do direito, em regra se opera *pro soluto* e excepcionalmente terá caráter *pro solvendo*, quando, por exemplo, a inadimplência do devedor resultar de fato imputável ao faturizado.

### **3. Aspectos do Contrato de *Factoring* na Jurisprudência do STJ**

#### **3.1- Relação entre faturizador e devedor**

A atividade de *factoring*, embora não se esgote na transferência de crédito, nela encontra vasta aplicação. Assim, assume relevo a questão atinente à legislação aplicável à relação entre o devedor e o faturizador.

A empresa de *factoring* é prestadora de serviço, à luz do disposto no artigo 3o, parágrafo 2o da Lei no 8.078/90 (CDC), haja vista que desempenha atividade mediante remuneração. A referida norma conceitua serviço como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração, abrangendo não apenas as atividades objeto de contratos típicos, mas também aquelas decorrentes de contratos atípicos. O devedor também pode ser tratado como consumidor, por força das normas dos artigos 2o caput, 17 e 29 do CDC. Neste sentido, já decidiu o Egrégio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

REsp 329935 / MG RECURSO ESPECIAL - 2001/0070904-1  
Relator(a) Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DI-

REITO (1108)

Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA

Data do Julgamento 26/08/2002

Data da Publicação/Fonte DJ 25/11/2002 p. 229 RSTJ vol. 167 p. 396

Ementa

Código de Defesa do Consumidor: artigos 3º, § 2º, e 6º, V. *Factoring*. Contrato de financiamento entre a empresa faturizadora e a adquirente do bem. Reajustamento pela variação cambial. Precedente da Corte.

**1. O contrato de financiamento entre a empresa faturizadora e a adquirente do bem, distinto do contrato de factoring, está alcançado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.**

2. A brusca variação da cotação do dólar, na oportunidade de que cuida o presente feito, configura fato superveniente forte o suficiente para provocar a incidência do art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor, configurada a onerosidade excessiva.

3. Recurso especial não conhecido (GRIFEI).

Neste sentido, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor às relações entre a empresa de *factoring* (faturizador) e o devedor.

### 3.2 - Defesa do devedor

A transferência do crédito, ou de direito, pelo faturizado ao faturizador, algumas vezes corporificado em título de crédito, suscita algum debate sobre a amplitude da defesa do devedor na hipótese de cobrança feita pela empresa de *factoring*, ou de protesto do título de crédito. A questão assume revelo maior na hipótese de direitos transferidos e decorrentes de títulos de crédito em razão da autonomia que, em princípio, restringe a defesa do devedor pela desvinculação entre o débito e a *causa debendi*.

Entretanto, mesmo em se tratando de dívida corporificada em título de crédito, em algumas hipóteses é possível ao devedor opor exceções que guardem relação direta com a causa da emissão do título de crédito negociado. O Eg. Superior Tribunal de Justiça já examinou estas questões e afastou a obrigação de o devedor pagar ao faturizador nos seguintes casos:

REsp 612423 / DF RECURSO ESPECIAL 2003/0212425-9

Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118)

Órgão Julgador **T3 - TERCEIRA TURMA**

Data do Julgamento 01/06/2006

Data da Publicação/Fonte DJ 26/06/2006 p. 132

Ementa

Processual Civil. Comercial. Recurso especial. Execução. Cheques pós-datados. Repasse à empresa de *factoring*. Negócio subjacente. Discussão. Possibilidade, em hipóteses excepcionais.

- A emissão de cheque pós-datado, popularmente conhecido como cheque pré-datado, não o desnatura como título de crédito, e traz como única conseqüência a ampliação do prazo de apresentação.
- Da autonomia e da independência emana a regra de que o cheque não se vincula ao negócio jurídico que lhe deu origem, pois o possuidor de boa-fé não pode ser restringido em virtude das relações entre anteriores possuidores e o emitente.
- Comprovada, todavia, a ciência, pelo terceiro adquirente, sobre a mácula no negócio jurídico que deu origem à emissão do cheque, as exceções pessoais do devedor passam a ser oponíveis ao portador, ainda que se trate de empresa de *factoring*.
- Nessa hipótese, os prejuízos decorrentes da impossibilidade de cobrança do crédito, pela faturizadora, do emitente do cheque, devem ser discutidos em ação própria, a ser proposta em face do faturizado.

Recurso especial não conhecido.

REsp 151322 / RS RECURSO ESPECIAL 1997/0072797-1

Relator(a) Ministro ARI PARGENDLER (1104)

Órgão Julgador **T3 - TERCEIRA TURMA**

Data do Julgamento 05/09/2002

Data da Publicação/Fonte DJ 02/12/2002 p. 303 RNDJ vol. 38 p. 112

Ementa

CIVIL. DANO MORAL. O só inadimplemento contratual não caracteriza o dano moral. FACTORING.

A nota promissória emitida em garantia do pagamento do preço de imóvel em construção autoriza o emitente a opor exceções de natureza pessoal (v.g., atraso na entrega da obra) contra o respectivo portador, se é empresa de factoring.

REsp 434433 / MG RECURSO ESPECIAL 2002/0013565-3

Relator(a) Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR (1110)

Órgão Julgador **T4 - QUARTA TURMA**

Data do Julgamento 25/03/2003

Data da Publicação/Fonte DJ 23/06/2003 p. 378 RDDP vol. 6 p. 225

Ementa

COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. CHEQUE. INVESTIGAÇÃO DA CAUSA DEBENDI. CIRCUNSTÂNCIAS ESPECIAIS, QUE O PERMITEM. LEI N. 7.357/85. EXEGESE. HONORÁRIOS. FIXAÇÃO EQÜITATIVA. CPC, ART. 20, § 4º.

I. A autonomia do cheque não é absoluta, permitida, em certas circunstâncias especiais, como a prática de ilícito pelo vendedor de mercadoria não entregue, após fraude notória na praça, a investigação da causa subjacente e o esvaziamento do título pré-datado em poder de empresa de “factoring”, que o



recebeu por endosso.

II. Honorários advocatícios já fixados em valor módico, não cabendo ainda maior redução.

III. Recurso especial não conhecido.

REsp 469051 / RS RECURSO ESPECIAL 2002/0123959-4

Relator(a) Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR (1102)

Órgão Julgador T4 - **QUARTA TURMA**

Data do Julgamento 20/03/2003

Data da Publicação/Fonte DJ 12/05/2003 p. 308 LEXSTJ  
vol. 167 p. 85 RSTJ vol. 184 p. 376

Ementa

AÇÃO MONITÓRIA. Duplicata de prestação de serviços. Aceite (falta). Protesto. Prova da dívida. Factoring.

- O protesto não impugnado de duplicata sem aceite permite a propositura do procedimento monitorio, mas tal fato só por si não é suficiente para a procedência da ação.

- Negada a relação causal pela demandada, sem a prova da efetiva prestação dos serviços, impunha-se reconhecer a irregularidade na emissão da duplicata e a improcedência da ação.

- Se não fosse assim, toda falsa duplicata levada a protesto sem impugnação seria suporte suficiente para a procedência da ação monitoria. No entanto, o devedor que se omite diante do protesto pode defender-se na ação de cobrança, e esta somente pode ser acolhida se demonstrada adequadamente a existência da dívida.

- A devedora pode alegar contra a empresa de factoring a defesa que tenha contra a emitente do título.

Recurso conhecido e provido.

Infere-se pelos julgados do STJ a tendência da jurisprudência em reconhecer a possibilidade de o devedor oferecer exceção de natureza pessoal e ligada à origem da dívida quando o terceiro adquirente do título

(faturizador) tiver ciência de alguma mácula no negócio jurídico que lhe deu origem, ou quando ocorrer descumprimento contratual do faturizado revelada pela ausência de entrega da mercadoria, ou de prestação do serviço. A estas hipóteses pode ser acrescentada a fraude na emissão do título, que deve ser equiparada à ausência de prestação do serviço. Nestes casos, a ausência de recebimento do crédito pela empresa faturizadora decorre do risco inerente à sua atividade empresarial.

### 3.3 - Direito de regresso do faturizador

A ausência de pagamento do título pelo devedor poderá ensejar, em algumas hipóteses, o reconhecimento do direito de regresso contra a empresa faturizada, para assegurar o seu recebimento pela empresa de *factoring*. Em regra, o faturizado responde apenas pela existência do crédito, operando-se a sua cessão *pro soluto*, mas em alguns casos a cessão assumirá o caráter *pro solvendo*.

A Jurisprudência do Egrégio STJ apresenta divergência sobre a questão, como se infere pelos julgados colacionados abaixo. Assim, no sentido da impossibilidade de exercício do direito de regresso:

Processo AgRg no Ag 1115325 / RS  
AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2008/0230462-3  
Relator(a) Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI (1145)  
Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA  
Data do Julgamento 01/09/2011  
Data da Publicação/Fonte DJe 09/09/2011

#### Ementa

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DUPLICATA. NULIDADE. CAUSA DEBENDI. AUSÊNCIA. ENDOSSO. SOCIEDADE DE FOMENTO MERCANTIL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVI-

DO.

1. “A devedora pode alegar contra a empresa de factoring a defesa que tenha contra a emitente do título.” (REsp 469051/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 12/05/2003 p. 308, LEXSTJ vol. 167 p. 85, RSTJ vol. 184 p. 376.
2. “Nada obstante os títulos vendidos serem endossados à compradora, **não há por que falar em direito de regresso contra o cedente em razão do seguinte:** (a) a transferência do título é definitiva, uma vez que feita sob o lastro da compra e venda de bem imobiliário, exonerando-se o endossante/cedente de responder pela satisfação do crédito; e (b) o risco assumido pelo faturizador é inerente à atividade por ele desenvolvida, ressalvada a hipótese de ajustes diversos no contrato firmado entre as partes.” (REsp 992421/RS, Rel. para Acórdão Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe 12/12/2008) – grifei.
3. Agravo regimental não provido.

Em sentido contrário, reconhecendo o direito de regresso da empresa faturizadora contra o faturizado:

REsp 330014 / SP RECURSO ESPECIAL 2001/0074377-3  
Relator(a) Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DI-  
REITO (1108)

Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA

Data do Julgamento 28/05/2002

Data da Publicação/Fonte DJ 26/08/2002 p. 212

Ementa

Falência. Nota promissória. Relações decorrentes do contrato de faturização. Precedente da Corte.

**1. Se a empresa cedente dos títulos, em decorrência de**

**contrato de factoring, deu causa a que os mesmos não pudessem ser recebidos, fica responsável pelo pagamento (grifei).**

2. Afirmando o Acórdão recorrido que os títulos estavam viciados na origem e que a nota promissória foi emitida de acordo com o contrato celebrado entre as partes, afastando a hipótese de ter sido preenchida em branco, nada impede que possa servir para instruir pedido de falência.

3. Recurso especial não conhecido.

REsp 43914 / RS RECURSO ESPECIAL 1994/0003932-8

Relator(a) Ministro EDUARDO RIBEIRO (1015)

Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA

Data do Julgamento 28/11/1995

Data da Publicação/Fonte DJ 04/03/1996 p. 5402

LEXSTJ vol. 83 p. 137

Ementa

FRUSTRADA A EXPECTATIVA DO CESSIONARIO DE TITULOS, POR FORÇA DE CONTRATO DE “FACTO-RING”, DE RECEBER O RESPECTIVO VALOR, POR ATO IMPUTAVEL AO CEDENTE, FICA ESSE RESPONSÁVEL PELO PAGAMENTO. JUROS - COMPUTO A PARTIR DA CITAÇÃO.

O PLC 13/2007 dispõe no artigo 8º que **o faturizado é responsável pela veracidade, legitimidade e legalidade do crédito transmitido ao faturizador, e, caso o contrato de fomento empresarial ou seu aditivo o preveja, pelo pagamento no caso de inadimplemento da obrigação pelo devedor principal.**

Com relação à norma contida no Projeto de Lei, é possível antever o debate jurídico que se instalará, considerando que a inclusão reiterada e indiscriminada nos contratos sobre a cláusula relativa à responsabilidade do faturizado pelo pagamento do título na hipótese de inadimplência do

devedor poderá afastar um dos elementos inerentes à atividade empresarial da empresa de *factoring*, consistente no risco da operação. Na hipótese de endosso de cheque, decidiu o Eg. STJ:

REsp 820672 / DF RECURSO ESPECIAL 2006/0033681-3  
Relator(a) Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS  
(1096)

Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA

Data do Julgamento 06/03/2008

Data da Publicação/Fonte DJe 01/04/2008

Ementa

CHEQUE - ENDOSSO - FACTORING - RESPONSABILIDADE DA ENDOSSANTE-FATURIZADA PELO PAGAMENTO.

- Salvo estipulação em contrário expressa na cártula, a endossante-faturizada garante o pagamento do cheque a endossatária-faturizadora (Lei do Cheque, Art. 21).

### 3.4 - Natureza da Atividade e cobrança de juros

As empresas de *Factoring* desempenham atividades de prestação de serviços, que não se identificam com atividades típicas das instituições financeiras e, portanto, não estão subordinadas à supervisão do Banco Central do Brasil. A prática de atos privativos das instituições financeiras descritas no artigo 17 da Lei no 4.591/64 configura ilicitude. Portanto, estão limitadas à cobrança de juros de 12% ao ano e não podem cobrar comissão de permanência e juros capitalizados mensalmente. Neste sentido:

AgRg nos EDcl no Ag 887676 / SP

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2007/0079457-8

Relator(a) Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

(1123)

Órgão Julgador **T4 - QUARTA TURMA**

Data do Julgamento 18/05/2010

Data da Publicação/Fonte DJe 27/05/2010

Ementa

AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO DE AQUISIÇÃO DE CRÉDITOS. EMPRESA DE FACTORING. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO.

1. As empresas de factoring não integram o Sistema Financeiro Nacional, de tal modo que a taxa de juros remuneratórios está limitada em 12% ao ano.
2. Agravo regimental provido.

REsp 489658 / RS RECURSO ESPECIAL 2002/0155862-8

Relator(a) Ministro BARROS MONTEIRO (1089)

Órgão Julgador **T4 - QUARTA TURMA**

Data do Julgamento 05/05/2005

Data da Publicação/Fonte DJ 13/06/2005 p. 310

RDDP vol. 29 p. 119 RJP vol. 5 p. 127

Ementa

AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO. EMPRESA DE FACTORING. LIMITAÇÃO DA TAXA DE JUROS. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. INCIDÊNCIA DA LEI DE USURA.

- Tratando-se de empresa que opera no ramo de factoring, não integrante do Sistema Financeiro Nacional, a taxa de juros deve obedecer à limitação prevista no art. 1º do Decreto n. 22.626, de 7.4.1933.
- Exigência descabida da comissão de permanência e da capitalização mensal dos juros.
- Incidência das Súmulas ns. 5 e 7-STJ quanto à pretensão de empregar-se a TR como fator de atualização monetária.

- Recurso especial não conhecido.

REsp 1048341 / RS RECURSO ESPECIAL 2008/0080340-0

Relator(a) Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR (1110)

Órgão Julgador **T4 - QUARTA TURMA**

Data do Julgamento 10/02/2009

Data da Publicação/Fonte DJe 09/03/2009

Ementa

CIVIL. CONTRATO DE “FACTORING”. JULGAMENTO EXTRA PETITA. EXCLUSÃO DO TEMA ABORDADO DE OFÍCIO. JUROS REMUNERATÓRIOS. LEI DE USURA. INCIDÊNCIA. LIMITAÇÃO.

I. Inexistindo pedido ou recurso, é vedado ao órgão julgador conhecer de ofício de questão referente a direito patrimonial, a saber, a descaracterização do contrato de “factoring”, que deve ser excluída do âmbito do julgado, conforme pacificado pela e. Segunda Seção, quando do julgamento do REsp n. 541.153/RS, Rel. Min. Cesar

Asfor Rocha, unânime, julgado em 08.06.2005, DJU de 14.09.2005.

II. As empresas de “factoring” não se enquadram no conceito de instituições financeiras, e por isso os juros remuneratórios estão limitados em 12% ao ano, nos termos da Lei de Usura.

III. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

REsp 623691 / RS RECURSO ESPECIAL 2004/0001616-5

Relator(a) Ministro CESAR ASFOR ROCHA (1098)

Órgão Julgador **T4 - QUARTA TURMA**

Data do Julgamento 27/09/2005

Data da Publicação/Fonte DJ 28/11/2005 p. 296

Ementa

AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL E AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM

CESSÃO DE CRÉDITO A EMPRESA DE FACTORING VINCULADA A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. INCI-DÊNCIA DA LEI DE USURA. JUROS MORATÓRIOS. DANO MORAL. PROTESTO INDEVIDO. QUANTUM INDENIZATÓRIO EXCESSIVO. REDUÇÃO.

“Tratando-se de empresa que opera no ramo de factoring, não integrante do Sistema Financeiro Nacional, a taxa de juros deve obedecer à limitação prevista no art. 1º do Decreto nº 22.626, de 7.4.1933” (REsp n. 330.845/RS, relatado pelo eminente Ministro

Barros Monteiro, DJ de 15/09/2003). O fato de a empresa de factoring ser vinculada a instituição financeira tampouco altera tal disciplina. Os juros moratórios podem ser conven-cionados no limite previsto no Decreto n. 22.626/33, con-soante jurisprudência pacificada nesta Corte. “O valor da in-denização por dano moral não pode escapar ao controle do Superior Tribunal de Justiça” (REsp n. 53.321/RJ, Min. Nil-son Naves). Redução da condenação a patamares razoáveis, considerando as peculiaridades da espécie. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.

#### 4 - Conclusão

A atividade de *factoring* ainda não dispõe no direito brasileiro de legislação específica. O PLC 13/2007 poderá configurar importante ins-trumento disciplinador de atividade que vem assumindo relevância cada vez maior na sociedade. Assim, a posição da jurisprudência sobre as ques-tões que surgem em decorrência da prática do *factoring* contribui para a consolidação da natureza daquela atividade e sinaliza o caminho que pode e o que não deve ser seguido pelas empresas de *factoring*, ao mesmo tempo em que possibilita a proteção dos interesses jurídicos do devedor contra atos ilegais. ◆



## 5 - Referências Bibliográficas.

LEITE, Luiz Lemos. **Factoring no Brasil**. 6a Ed. São Paulo: ATLAS S.A., 1999.

MARTINS, Fran. **Contratos e Obrigações Comerciais**. 14a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 2a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

# Fomento Mercantil

**Flavia Machado da Silva Gonçalves Pereira<sup>1</sup>**

Nas palestras ministradas, foram abordados os conceitos e a utilização do fomento mercantil, bem como os aspectos jurídicos e suas implicações práticas.

Em linhas gerais, no aspecto histórico, retratou-se a Circular 703 do BACEN, que, na verdade, constituiu grande obstáculo ao factoring no Brasil, e que foi afastada quando o Tribunal Federal de Recursos decidiu que o BACEN não pode interferir em atividades reguladas pela Lei 4.726/65.

Por outro lado, a Circular 1.359 (de 30.09.1988) do BACEN é considerada a maior conquista da ANFAC quanto a fomento mercantil e revogou a Circular 703.

A Instrução Normativa número 16 de 10.12.1986 contém regulamentação quanto à dispensa de aprovação prévia do BACEN para o arquivamento de atos constitutivos de empresa de fomento mercantil, por fugir das atribuições do BACEN.

(As empresas de *factoring* devem se registrar no COAF – Conselho de Controle das Atividades Financeiras quando são constituídas)

Posteriormente, foi editada a Resolução 2.144 de 22.02.1995, com base no art. 28 da Lei 8.991/95.

A Circular 2715 (de 28.08.1996) do BACEN permitiu às instituições financeiras realizar operações de crédito com empresas de fomento mercantil.

No Brasil, a atividade é autorregulada, não havendo lei específica sobre o tema.

Citam-se como base operacional do contrato do contrato de *factoring*:

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito do XXII Juizado Especial Cível - Capital.

Art. 5º, I e II, e 170 da Constituição Federal; arts. 286, 481 a 498 e 594 do Código Civil.

Conceito e mecanismo do *factoring*

O *factoring* é uma “atividade comercial, mista e atípica, que soma prestação de serviços à compra de ativos financeiros. A operação de *factoring* é um mecanismo de fomento mercantil que possibilita à empresa fomentada vender seus créditos, gerados por suas vendas a prazo, a uma empresa de Factoring. O resultado disso é o recebimento imediato desses créditos futuros, o que aumenta seu poder de negociação... A *Factoring* também presta serviços à empresa-cliente, em outras áreas administrativas, deixando o empresário com mais tempo e recursos para produzir e vender”<sup>2</sup>.

O contrato de *factoring* tem natureza sinalagmática, consensual e comutativa.

O processo de *factoring* possui quatro etapas básicas: a) a empresa vende seu bem, crédito ou serviço a prazo, gerando um crédito no respectivo valor; b) a mesma empresa negocia este crédito com a empresa de *factoring*; c) com este crédito, a empresa de *factoring* informa o sacado sobre a negociação do crédito e a forma de cobrança e d) terminado o prazo previsto no negócio de origem, a empresa sacada paga o valor do crédito à empresa de *factoring*, ocorrendo o encerramento da operação.

Ressalte-se que não há relação de consumo entre a empresa que negocia seu crédito com a empresa de *factoring*, caracterizando-se principalmente pela prestação de serviços a pequenas e médias empresas.

Os personagens do *factoring* são:

- a empresa contratante endossante (cliente da empresa de *factoring* – exclusivamente pessoa jurídica);
- a empresa contratada endossatária (empresa de fomento mercantil) e
- eventuais responsáveis solidários.

A transferência do crédito opera-se mediante endosso translativo, sendo responsável por seu pagamento o sacado devedor.

<sup>2</sup> Trecho retirado do site “[sinfacrj.com.br](http://sinfacrj.com.br)”

Na verdade, o cedente não responde pela solvência do devedor, sendo que a transferência do crédito ocorre *pro soluto* (valendo como pagamento), sendo que qualquer cláusula diferente deve ser considerada nula, não havendo direito de regresso contra o cliente, em regra.

Saliente-se, ainda, que não há relação entre a empresa de factoring e o devedor – não há relação contratual entre eles.

Prosseguindo o arcabouço jurídico do fomento mercantil, passo a analisar a sua base fiscal, consubstanciada no que dispõe o Art. 15, § 1º, inciso III, alínea “d”, da Lei 9.249/95, que conceituou o instituto como sendo “prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (*factoring*)”.

Com efeito, o instituto é muito mais do que uma mera compra e venda de crédito, não obstante a lição clássica do Professor Fran Martins.

Na Palestra “Fomento Mercantil e a Jurisprudência do STJ”, o Ministro Luis Felipe Salomão iniciou a sua explanação enfatizando os pressupostos específicos do Recurso Especial, quais sejam, a referência à questão de direito (Súmulas 5 e 7, do STJ), em que se discute a interpretação da lei e não dos fatos, o prequestionamento (Súmula 211, do STJ) e o exaurimento de instância (Súmula 281, do STF).

Em seguida, passou tecer comentários sobre a responsabilidade civil existente no ato jurídico praticado entre o Cedente e o Cessionário, com a observação de que o Cedente responde, em regra, pela existência do crédito, ao tempo da cessão e que, em atenção ao disposto no Art. 296, do Código Civil, “salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor”.

Noutro tópico, afirmou que a relação entre a empresa de *factoring* e o devedor do título não é contratual.

Falou ainda que, na hipótese de recebíveis e cheques pós-datados, ou seja, títulos com data de validade, tal obrigação é transmitida ao factor, de modo que, se este apresentar o referido título antes do respectivo vencimento, restará caracterizada a obrigação de indenizar pelos danos causados ao devedor.

Há que se mencionar, também, os necessários cuidados na hora da cobrança dos títulos, a fim de que seja caracterizada a boa-fé ou a má-fé do devedor, como por exemplo, o protesto de duplicata sem aceite ou desprovida dos comprovantes de entrega da mercadoria, o que gera dano moral, ou endosso-mandato ou endosso-caução.

Em termos de jurisprudência, destacam-se:

- REsp 1048341/RS – contém decisão na qual consta que o factoring não se enquadra no conceito de instituição financeira.

- REsp 820672/DF – aplicou os conceitos cambiários puros

- REsp 434433/MG – indaga quanto à origem da dívida frente ao fator, trazendo distinção quando há fraude pública e notória.

- REsp 612423/DF – menciona o princípio da inoponibilidade das exceções pessoais

- REsp 1000522/RS – ressalta que o sistema é lógico, mas a jurisprudência é confusa justamente pela falta de regulamentação específica

Projeto de lei

Por fim, menciona-se o Projeto de Lei 3.615/2000, que regulamenta a atividade de fomento mercantil, encontra-se em tramitação no Congresso Nacional.

Dentre as críticas tecidas ao projeto de lei mencionado, destacam-se, pela relevância:

O substitutivo do Senado permite, por exemplo, ao empresário individual, desde que registrado no Registro Público de empresas, exercer a atividade de *factoring* (o que institucionalizaria a agiotagem no país).

O substitutivo do Senado, ainda, define os crimes previstos na lei a ser editada como federais. Ocorre que a matéria é amplamente regulada pelo Direito Cambiário e pelo Direito Penal, com dispositivos de punição próprios.

## Conclusão

Diante de todo o exposto, fica comprovada a relevância das instituições de fomento mercantil para o crescimento econômico do Brasil,

uma vez que disponibilizam recursos para as sociedades empresárias que buscam liquidez, a fim de honrar os seus compromissos, promoverem investimento de curto prazo, garantindo o bom funcionamento da economia e possibilitando o incremento de todas as atividades produtivas.◆

# Algumas Considerações Sobre *Factoring*

**Hindenburg Köhler Brasil Cabral Pinto da Silva<sup>1</sup>**

A exposição abaixo foi extraída do livro **Factoring no Brasil**, de Luiz Lemos Leite, 8.<sup>a</sup> Edição.

O FACTORING ou Fomento Mercantil é uma atividade milenar, cuja origem remonta ao Império Romano, revestindo-se de características de múltipla e variada função. Nos Primórdios da História, utilizavam-se fórmulas de gestão comercial e normas que regulamentavam os procedimentos do comércio daquela época. Comércio pressupunha confiança (crédito). A forma de obter e transferir recursos a terceiros surgia como necessidade do tráfico de mercadorias e foi utilizada pelos povos antigos: Caldeus, Babilônios, Gregos, Etruscos, Fenícios e Romanos, dentre outros que faziam comércio no Oriente e no Mediterrâneo.

À falta de uma regulação escrita, os regimes legais para essas transações eram os usos e costumes da época.

Os registros históricos mostram que o comércio é tão antigo quanto a humanidade.

Alguns pesquisadores vão buscar no CÓDIGO DE HAMURABI as origens históricas dos bancos e de outras atividades comerciais relacionadas com o crédito, dentre as quais, o *Factoring*. Daí afirma-se que as origens do *Factoring* perdem-se em tempos imemoriais.

O *Factoring* está presente em 50 países e a sua operacionalização, entretanto, obedece às normas de direito locais. O *Factoring* ou Fomento Mercantil surgiu no Brasil com a criação da ANFAC-ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS SOCIEDADES DE FOMENTO MERCANTIL - FACTORING, em 11 de fevereiro de 1982.

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito do Juizado Especial Cível de Resende.

A consolidação de toda a doutrina do *Factoring* ocorreu com a Convenção Diplomática de Ottawa-maio/1988, da qual o Brasil participou.

A figura do agente de fomento mercantil nasceu com a civilização para facilitar e incrementar o comércio, que era, naqueles longínquos tempos, baseado nas trocas de mercadorias, o escambo, pois não existia moeda.

A troca (venda) de mercadorias ou ativos com a finalidade de obter recursos necessários para o comerciante tocar e girar os seus negócios é tão velha quanto o comércio em si. Atividades desta natureza datam daqueles tempos, praticadas pelos comerciantes da Babilônia para contornar dificuldades encontradas na comercialização de suas mercadorias.

Desse modo, comprar créditos comerciais para levantar recursos é prática das mais remotas épocas da civilização, como consta dos registros históricos dos negócios, para fazer capital de trabalho.

Os fenícios, por volta de 1200 a C, dominaram o comércio do Mediterrâneo e chegaram à Península Ibérica, desenvolvendo em larga escala o seu comércio. Os riscos inerentes ao comércio levaram os fenícios a criar suas *factorias*, movidos pela necessidade de reduzir o risco de crédito mediante a presença física de seus agentes no mercado de destino, além de expandir as suas relações comerciais. Há notícias de que os fenícios, em torno do séc. VIII a C, estabeleceram em Ulissipona (origem latina do nome da atual capital de Portugal-Lisboa) uma *factoria*, um centro comercial.

Cartago, o centro comercial mais desenvolvido do Mediterrâneo, foi construído pelos fenícios e cobiçado pelos romanos, que lutaram 120 anos (Guerras Púnicas) para conquistá-la.

Os romanos, que construíram um dos maiores impérios da história, para manter a hegemonia do poder dos territórios conquistados, cuidaram de organizar a sua economia explorando as possibilidades comerciais das várias regiões subjugadas. Estabeleceram em pontos estratégicos do seu vasto território a figura do *factor* agente, via de regra, um comerciante próspero e conhecido de determinada região que se encarregava de promover o comércio local, de prestar informações creditícias sobre outros comerciantes, receber e armazenar mercadorias provenientes de outras praças e fazer



a cobrança, pela qual recebia em pagamento uma remuneração. Era um autêntico consultor de negócios. O substantivo latino *factoris*, da terceira declinação, tem seu radical no supino do verbo *facere*, cujos tempos primitivos são *FACIO*, *FACIS*, *FECI*, *FACTUM*, QUE SIGNIFICA AGIR, FAZER, DESENVOLVER E FOMENTAR. *Factor*, portanto, quer dizer aquele que faz alguma coisa, que desenvolve ou fomenta alguma atividade. O *factor* dos romanos era agente mercantil.

O uso milenar das funções de um *factor*, por comerciantes, era feito com a finalidade de facilitar e garantir bons negócios. Devido à lentidão das comunicações e dos transportes de mercadorias, um negócio realizado em outro local, geograficamente distante e de idiomas diferentes, necessitava de suporte. Os *factors*, por serem profundos conhecedores do mercado e da tradição creditícia dos comerciantes locais, faziam-se intermediários úteis nas trocas comerciais e no desenvolvimento da economia do Império Romano, desempenhando um papel de essencial importância.

Com a decadência do império romano, continuaram os *factors* a exercer suas funções.

Na idade média, apareceu uma espécie de cooperativa com a finalidade de diluir os riscos entre os seus comerciantes associados e alcançar linhas de crédito. Os comerciantes sempre souberam que a evolução de suas vendas esteve sempre ligada à existência das linhas de crédito que estavam obrigados a conceder a sua clientela.

Veio então a época dos grandes descobrimentos, em que, principalmente, Espanha, Holanda, Inglaterra, Veneza e Portugal lideravam o comércio internacional, com a conquista de seus longínquos territórios ultramarinos. No caso particular de Portugal, estabeleceram-se em suas colônia as *factorias* - empórios, armazéns de mercadorias, enfim, um centro polarizador entre a metrópole, as colônias e outros povos vizinhos.

Esse sistema apresentava características especiais nos Estados Unidos, ainda colônia inglesa onde os *factors*, não apenas administravam os estoques de produtos (principalmente têxteis e roupas) para os seus proprietários na Europa e os vendiam, mas também garantiam o pagamento como agentes *del credere*. Por causa das grandes distâncias entre os centros

consumidores dos Estados Unidos, os industriais locais também começaram a se utilizar dos serviços dos *factors*, para expandir as suas vendas.

Na prática, vigorava uma relação fiduciária entre os vendedores e os seus representantes comerciais, integrados no sentido de parceria .

A importância do comércio de produtos têxteis exportados pela Inglaterra para os Estados Unidos era tal que se tornou conhecido como “*cotton fator*” ou “*textile fator*”.

Com o tempo, os *factors* prosperaram, passaram a pagar à vista aos seus fornecedores o valor das vendas por estes efetuadas, antes mesmo de os compradores o fazerem. O *factor*, a par dos serviços prestados, substituiu o comprador, pagando à vista o fornecedor, melhorando o padrão de crédito e efetuando a cobrança junto ao consumidor final daquela mercadoria. Como as comunicações eram precárias , o produtor enviava, em consignação, seus bens para o agente mercantil, que deveriam ser vendidos pelo agente e despachados diretamente ao comprador final.

Os fornecedores ou vendedores daquelas mercadorias passaram a desfrutar uma situação confortável pela ação de seus agentes. Profundos conhecedores dos comerciantes locais e de toda a sua tradição creditícia, e não admitiam mais perder os benefícios do serviço prestado pelo agente.

Assim, surgiu o sentido moderno do *factoring*, ou seja, com a venda dos créditos oriundos da venda de bens, pelos produtores ou fornecedores, os *factors* adquiriam o direito de cobrá-los, como seus legítimos proprietários. O *factor*, que no seu sentido primitivo prestava serviços de comercialização, distribuição e administração, agregou a função de fornecedor de recursos.

A Circular 1.359/88, do BACEN, de 30/09/88, foi a maior conquista do *Factoring* no Brasil, que revogou integralmente a Circular 703/82, mediante o compromisso assinado pela ANFAC de efetivamente praticar *Factoring*, como *Factoring*. Vale alertar que a Circular 1.359/88 foi fortemente ratificada pela Circular 2044 de 25/09. 91, da Diretoria do BACEN.

Por definição e filosofia, as empresas de *Factoring* não podem fazer a intermediação de dinheiro no mercado financeiro. São empresas comerciais de atividade complexa que conjugam prestação de serviços com com-

pra de direitos. Dependem fundamentalmente de seus recursos próprios e o segredo de seu sucesso reside na administração do seu fundamento.

Com o objetivo de prevenir e combater os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, conforme estabelecido na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, regulamentada pelo Decreto nº 2.799, de 8 de outubro de 1998, por empresas de fomento comercial ou mercantil (*factoring*) foi editada a resolução 13, de 30 de setembro de 2005, do Conselho de Controle de Atividades Financeiras.

Cumprir informar que o texto do PL nº 3.615/2000, relativo a legislação específica destinada ao Fomento mercantil, foi aprovado na Câmara dos Deputados Federais, em caráter terminativo, em 22.12.2006.

O Ministro Luis Felipe Salomão do Superior Tribunal de Justiça, com a sabedoria que lhe é peculiar, trouxe inúmeros precedentes da Corte que integra, mostrando a orientação jurisprudencial adotada nos casos mais recorrentes relativos ao Fomento Mercantil. Dentre tantos apresentados na brilhante exposição, destaco: Resp 992421/RS, Resp 1048341/RS, Resp 820672/DF, Resp 434433/MG, Resp 612423/DF, Resp 926312/SP, Resp 469051/RS, Resp 43914/RS, Resp 100522/RS, Resp 151322/RS, Resp 330014/SP.

O Resp. 1190361/MT analisa a hipótese de contrato de “vendedor”, como se verifica no voto abaixo transcrito do Ministro Luis Felipe Salomão :

*5. No mérito, a situação descrita nos autos é, em suma, a seguinte: Dow Agroscienses Industrial Ltda objetivando alavancar as suas vendas, celebrou com instituições financeiras convênio de financiamento bancário, na modalidade “vendedor”, pelo qual os agentes financeiros se comprometeram a conceder linha de crédito à Sigma Agropecuária Ltda, para aquisição de produtos daquela fornecedora (Dow Agroscienses Industrial Ltda), a qual assumiu a condição de garante da operação (fiadora), recebendo diretamente do banco os recursos financiados à empresa adquirente da mercadoria. Em relação à primeira executada (Sigma Agropecuária Ltda), esta figura como devedora principal, porquanto a ela*

*fora aberta a linha de crédito, sendo que os demais executados figuram nos autos como terceiros garantidores, com lastro em “escritura pública de crédito com garantia hipotecária”, oferecida em favor de Sigma Agropecuária Ltda. Ante o alegado inadimplemento parcial da empresa Sigma Agropecuária Ltda em relação aos contratos de abertura de crédito firmados com o Citibank, Banco do Brasil e Itaú, a empresa Dow Agrosciences teria quitado o débito, na condição de garante da dívida, e se sub-rogado nos direitos de crédito daquelas instituições financeiras, promovendo assim a execução por título extrajudicial da escritura de garantia hipotecária, em conjunto com os contratos de financiamento. 5.1. Tenho que a bem elaborada sentença do Juiz Paulo Martini, da Comarca de Sinop, deve prevalecer. Consoante se extrai da seqüência de negócios jurídicos entabulados pelas partes, tal como asentado pelas instâncias ordinárias, a Sigma Agropecuária Ltda (compradora das mercadorias) é devedora das instituições financeiras, em razão de crédito rotativo, cujos valores eram pagos diretamente à Dow Agrosciences Industrial Ltda (vendedora), por força de convênio chamado contrato “Vendor”, a qual também era fiadora do contrato de abertura de crédito. De outra parte, Sigma Agropecuária Ltda, segundo alega o exequente, torna-se inadimplente das instituições financeiras, e então Dow Agrosciences Industrial Ltda, como fiadora, paga os respectivos valores às instituições financeiras e sub-roga-se nos direitos destas. Por isso, com base em quinze contratos de financiamento, descritos minuciosamente pelo acórdão recorrido e pela sentença, a fiadora/vendedora (Dow Agrosciences Industrial Ltda) ajuíza a execução em face da financiadora/compradora (Sigma Agropecuária Ltda) e dos demais garantidores. Sobre o contrato de vendor, preleciona Fábio Ulhoa Coelho: “Através do vendor, transfere-se por contrato ao banco a função de financiamento: ele paga ao fornecedor, à vista, o valor das vendas feitas ao colaborador e cobra deste a prazo, com acréscimos remuneratórios. O custo do crédito, nesse*

*caso, geralmente é menor para o colaborador, comparando com as demais alternativas de mútuo, porque o fornecedor, normalmente um empresário mais forte, presta garantia por meio de fiança.”* (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 128/129).

*Bem elucidativo é o magistério de doutrina especializada em direito bancário, acerca da estrutura do contrato vendedor :*

*“Com regra, no entanto, a operação bancária de vendedor engloba três diferentes instrumentos: um contrato base (normalmente designado por ‘convênio’, ‘contrato-mãe’ ou ‘contrato-guarda-chuva’ no jargão bancário) entre o banco e fornecedor; um contrato de abertura de crédito em favor dos financiados e a solicitação de desembolso”* (GRAZIANO, Alexandre Henrique; NOGUEIRA, André Carvalho. *A operação de vender*. In. FONTES, Marcos Rolim Fernandes & Waisberg, Ivo (coord.). **Contratos bancários**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. pp. 110/111).

*O convênio - assevera a doutrina - regula a relação entre o banco e o fornecedor, bem como a fiança prestada por este, a qual se considera como pedra angular desse tipo de avença, porquanto possibilita o financiamento mercantil a custo reduzido. Por outro lado, o contrato de abertura de crédito é aperfeiçoado entre o banco e o financiado indicado pelo vendedor, com base em relação de confiança e proximidade comercial.*

*“Embora sua natureza, em geral, seja a de abertura de crédito” - pondera a doutrina -, “é importante ressaltar que tais contratos adquirem as denominações mais diversas, como ‘convênio para financiamento’, ‘promessa de financiamento’, ‘promessa de mútuo’ (...) (idem)”, tal como se verifica no caso dos autos.*

*No caso, o acórdão recorrido concluiu que os indigitados contratos possuem o status de título executivo, nos seguintes termos:*

*“O contrato de financiamento, do qual consta o valor principal do débito e a pactuação dos seus acessórios, subscrito pelas partes e por duas testemunhas, é título de dívida líquida, certa e exigível,*

*preenchendo todos os requisitos necessários à sua validade como extrajudicial, de acordo com o art. 585, inciso II, do Código de Processo Civil. A sua vinculação à nota promissória que é um título executivo formalmente perfeito, não descaracteriza a cambial, que também preenche os requisitos necessários à sua validade como título executivo extrajudicial”.*

*Porém, é matéria incontroversa que a liquidez e certeza do débito, em operações desse jaez, somente se verificam a partir da chamada solicitação de desembolso, a qual é providenciada pelo próprio fornecedor, mediante cláusula-mandato assinada pelo financiado, a qual propicia o recebimento do valor da venda diretamente junto às instituições financeiras, circunstância que afasta qualquer ingerência do financiado na elaboração da dívida, restando patente a unilateralidade do título levado à execução.*

*Nessa linha, **mutatis mutandis**, a jurisprudência sumulada por esta Corte é no sentido de que “é nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste” (Súmula n.º 60).*

*Com efeito, tendo sido a execução ajuizada com fundamento em sub-rogação dos direitos das instituições financeiras, tal sub-rogação não pode dizer respeito senão aos contratos de abertura de crédito celebrados entre estas e o financiado. Nessa ordem de ideias, a sub-rogação de que se cogita não pode ultrapassar os créditos e as garantias anteriormente pertencentes às instituições financeiras sub-roгатárias, de sorte a transmutar a natureza do título ou agregar garantias antes inexistentes. Em outras palavras, se não podiam as instituições financeiras executar os respectivos contratos, não poderá fazê-lo o fornecedor por sub-rogação. 5.3. Portanto, na verdade, tendo em vista que a sub-rogação possui como objeto os contratos de abertura de crédito - qualquer que seja a denominação de fato utilizada -, ainda que atrelados ao chamado contrato ‘vendedor’ (que, a rigor, é mero convênio entre*

*fornecedores e instituições financeiras), o procedimento satisfativo deve ser obstado por falta de executividade do título, **mutatis mutandis** da Súmula n.º 233/STJ: “O contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta-corrente, não é título executivo”.*

*6. Com efeito, por qualquer ângulo que se analise a controvérsia, quer porque se trata, em essência, de execução de contrato de abertura de crédito, quer porque a dívida é elaborada unilateralmente pela instituição financeira, em razão de cláusula-mandato firmada pelo comprador em benefício do fornecedor, que, ao talante deste, procede às solicitações de desembolso, não possui executividade o chamado contrato “vendedor”, **mutatis mutandis** das Súmulas 60 e 233. Esta Quarta Turma possui dois precedentes nesse mesmo sentido(...)”*

Essas são algumas das considerações retiradas das exposições realizadas no 2º Encontro Jurídico de Fomento Mercantil no Rio de Janeiro. ♦

# O Direito de Regresso no Fomento Mercantil

Katia Torres <sup>1</sup>

Contrato de *factoring*, na lição de Fran Martins, é aquele em que um comerciante cede a outro os créditos, na totalidade ou em parte, de suas vendas a terceiros, recebendo o primeiro do segundo o montante desses créditos, mediante o pagamento de uma remuneração. (Martins, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**, 15ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1999 p. 123).

Através do *factoring*, segundo Arnaldo Rizzardo, um comerciante ou industrial, denominado faturizado, cede a outro, que é o faturizador, no todo ou em parte, créditos originados de vendas mercantis. (**Contratos**, AIDE, 1988, p. 469)

Para Arnold Wald, “o contrato de *factoring*, ou de faturização, consiste na aquisição, por uma empresa especializada, de créditos faturados por um comerciante ou industrial, sem direito de regresso contra o mesmo. Assim, a empresa de factoring, ou seja, o factor, assume os riscos da cobrança e eventualmente, da insolvência do devedor, recebendo uma remuneração ou comissão, ou fazendo a compra dos créditos com redução em relação ao valor dos mesmos “ (**Curso de Direito Civil**, v. II, n. 235, p. 466)

Trata-se, portanto, de uma operação de compra e venda de créditos através da qual uma empresa se torna cessionária de créditos comerciais de outra mediante o pagamento de um preço previamente ajustado para que o faturizador antecipe os direitos creditórios transferidos pelo faturizado.

Assume a natureza de contrato atípico, por não estar disciplinado na lei, consensual, oneroso, comutativo e personalíssimo, pois somente pode

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito da 30ª Vara Cível - Capital.



ser ajustado entre pessoas jurídicas.

Pelo fato de não estar disciplinado em nosso ordenamento jurídico, surgiram tanto na doutrina como na jurisprudência controvérsias acerca da possibilidade de a empresa de factoring agir regressivamente em face do faturizado visando ao recebimento do crédito cedido.

Alguns sustentam que a inclusão da cláusula de regresso em favor da empresa de *factoring* descaracterizaria o contrato de fomento mercantil.

Isso porque a remuneração exigida para a concretização do negócio já inclui os riscos da avença entabulada.

Sendo assim, para esta corrente, que é a majoritária atualmente, o faturizado, ao ceder seus créditos, não pode ser compelido posteriormente a responder pela inadimplência do devedor. Ou seja, o cedente, faturizado, não se torna garante, quer solidária, quer subsidiariamente pela liquidação dos créditos cedidos. O cedente fica, assim, integralmente isento de qualquer responsabilidade pelo pagamento dos créditos cedidos, transmitindo todo o risco do recebimento para a empresa de *factoring*.

A responsabilidade do cedente se limita, segundo estes, apenas à existência do crédito ao tempo da cessão nos termos do que dispõem os artigos 295 e 297 do Código Civil, mas não pela solvência do devedor à época do pagamento. Além disso, o cedente igualmente responde sobre alguns aspectos técnicos do título como, por exemplo, origem lícita, ausência de entrega das mercadorias ou entrega das mesmas com vício de qualidade e quantidade.

Entendimento, porém, ainda minoritário reputa viável a estipulação da cláusula de regresso em favor da empresa de *factoring* sem que isto venha a descaracterizar o contrato como sendo de fomento mercantil.

Tratando-se de contrato atípico, para esta corrente, nada impede que em nome do princípio da autonomia da vontade as partes tenham ampla liberdade de contratar.

Tal estipulação não é vedada por lei, não atenta contra a ordem pública e inclusive atenderá aos interesses do faturizado, que poderá negociar um deságio que melhor atenda aos seus interesses.

Caso contrário, se o faturizado não assumir nenhum risco por um

possível inadimplemento do título cedido, o deságio pela aquisição dos direitos creditórios deverá certamente ser mais elevado, diante obviamente do risco apresentado pela operação.

Dentro desse contexto, segundo a aludida corrente, o grau de risco pode ser pactuado livremente pelas partes sem implicar em nenhum abuso ou ilegalidade, na medida em que certamente a remuneração ajustada levará em consideração a diminuição do risco em decorrência da assunção de responsabilidade subsidiária pelo cedente pela solvência do devedor do título.

Quanto a esse aspecto, cabe ainda registrar que o artigo 296 do Código Civil prevê que “Salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor”. De onde se conclui que é perfeitamente possível a estipulação de cláusula na qual haja a assunção de responsabilidade pelo cedente pela solvência do devedor.

E se a própria lei civil permite que o cedente, faturizado, de acordo com a sua conveniência, assuma a posição de garante em caso de inadimplência do sacado, não há motivo nenhum para considerar que a inserção da cláusula de direito de regresso nos contratos de fomento mercantil descharacteriza a sua natureza.

Ademais, tal entendimento inclusive vem em proteção das empresas de *factoring* que, em nosso país, sendo em regra de pequeno e médio porte, não possuem condições financeiras de suportar todos os crescentes efeitos da grande situação de inadimplência atualmente existente.

Outro argumento importante em benefício do entendimento no sentido de permitir o direito de regresso consiste em assegurar à empresa de *factoring*, como cessionária de boa-fé, a possibilidade de agir em face do cedente quando este emitir o título em conluio ou simulação com o sacado.

Assim é forçoso concluir que para se evitar situações que prejudiquem a atividade de *factoring*, o cedente do crédito deve sempre constar como responsável subsidiário com o devedor e sacado do título pelo pagamento do principal e acessórios dos títulos cedidos, mediante a estipulação de um fator de compra (deságio) que melhor atenda aos seus interesses. ♦

# O fomento mercantil – Natureza, legalidade e validade da cláusula de regresso inserida nos contratos de *factoring*

Leonardo Cardoso e Silva<sup>1</sup>

O *factoring* é uma atividade comercial, mista e atípica, que soma prestação de serviços à compra de ativos financeiros. É uma cessão de crédito.

Segundo o Professor Luiz Lemos Leite “*factoring* é uma atividade comercial mista atípica, ou seja, serviços prestados assomado a compra de créditos (direitos creditórios) resultante de vendas mercantis. As empresas clientes expandem os seus ativos, aumentando as vendas, eliminando ou diminuindo o seu endividamento e transformam as suas vendas a prazo em vendas à vista. É uma prestação contínua e cumulativa de serviços de assessoria mercadológica, creditícia, de seleção de riscos, de gestão de crédito, acompanhamento de contas a receber e de outros serviços, conjugada com a aquisição pro soluto de créditos de empresas resultantes de suas vendas mercantis ou de prestação de serviços, realizadas a prazo”.

A operação de *factoring* é um mecanismo de fomento mercantil que possibilita à empresa fomentada vender seus créditos, gerados por suas vendas a prazo, a uma empresa de *factoring*. O resultado disso é o recebimento imediato desses créditos futuros, o que aumenta seu poder de negociação, por exemplo, nas compras à vista de matéria-prima, pois a empresa não se descapitaliza.

De tal maneira, na relação de *factoring*, o dinheiro não é bem de

<sup>1</sup> Juiz de Direito Titular 2ª Vara Cível e Juizado Especial Cível Adjunto de Queimados.

consumo, mais sim um insumo.

Portanto, o *factoring* é um contrato atípico, regido, contudo, pelas regras do código civil, inclusive quanto aos princípios inerentes aos contratos, que se aplicam na espécie. Tem natureza consensual. É comutativo, tendo carga de aleatoriedade.

Destarte, segundo a doutrina e jurisprudência majoritária, não se aplica o Código de Defesa do Consumidor nos contratos de *factoring*, no que se refere à relação entre faturizador e faturizado, devendo ser destacado o seguinte entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

“APELAÇÃO CÍVEL. Ação de cobrança. Empresa de *factoring*. Cheques sem provisão de fundos. Procedência do pedido. Inconformismo dos réus. Preliminar rejeitada. No mérito, o faturizador tem direito de ação contra o faturizado se a dívida cedida estiver eivada de vício, o que ocorreu na hipótese. O direito da apelada está alicerçado pelo contrato e pelos cheques endossados pelo primeiro apelante. Juros fixados de forma adequada. Inaplicável, na espécie, o Código de Defesa do Consumidor. Recurso com seguimento negado, na forma do artigo 557 *caput* do CPC” (Relatora DES. ZELIA MARIA MACHADO - Julgamento: 18/03/2011 - APELACAO CIVEL N. 0006344-20-2004-8-19-0206 – QUINTA CAMARA CIVEL DO TJ/RJ).

Cumprido ser destacado ainda que no *Factoring* inexistente, em regra, segundo parte da doutrina, o direito de regresso, sendo certo que o faturizador somente tem direito de ação em face do faturizado se a dívida cedida estiver eivada de vício, conforme apontado acima. Portanto, a operação é de elevado risco, sendo certo que o faturizador assume o prejuízo em caso do não pagamento por parte do devedor do título negociado, podendo cobrar deste pela via própria.

Em relação à legalidade da cláusula de regresso, cumpre denotar que a corrente majoritária se inclina em não reconhecer no contrato de *facto-*

*ring* natureza pro solvendo, afastando, por tal motivo, o direito de regresso ou cláusula de recompra por parte do cedente dos títulos não honrados pelos sacados. Tal impossibilidade se daria diante da expressiva remuneração exigida para a concretização do negócio, nela incluídos o risco da avença entabulada, conforme mencionado acima.

Neste contexto, o faturizado, ao ceder os seus direitos abatidos do fator de compra aplicado pela faturizadora, não poderia ser compelido a responder pela inadimplência do devedor, pois uma vez afastada a natureza pro soluto da operação, haveria transmutação do próprio instituto em simples mútuo. Ademais, em se tratando de contrato de fomento mercantil, o risco remunerado da empresa faturizadora afasta as garantias decorrentes do aval e do endosso, este último atuando tão somente como meio de transferência das cártulas.

Acerca da impossibilidade de se inserir nos contratos de *factoring* cláusula de regresso, cumpre trazer à colação o seguinte aresto do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos seguintes termos:

“Embargos à execução. **Contrato** de fomento mercantil (**factoring**). Nota promissória. Garantia de recebimento dos créditos. Impossibilidade. Precedentes do STJ. Embora não regulamentado em legislação específica, o **contrato de factoring** é, por muitos, considerado um **contrato** atípico e se caracteriza, grosso modo, pela cessão dos direitos de crédito do faturizado ao faturizador. Distingue-se da operação bancária de desconto de títulos, já que o faturizador assume o risco pelo não pagamento pelo devedor dos títulos negociados, ao contrário do que se dá naquela operação, recebendo, para tanto, uma comissão. Assim, com exceção das hipóteses de ilegalidade dos títulos de crédito cedidos, são vedadas as garantias de **regresso** nos **contratos** de **factoring**, sendo da essência do **contrato** a responsabilidade do faturizador pelos riscos da impontualidade e da insolvência do devedor (sacado). Na hipótese dos autos, verifica-se que a nota promissória

sob que se funda a execução teve sua origem em um **contrato de factoring** celebrado entre a empresa apelante e os apelados, conforme **cláusula 3.4.2** do aditivo contratual acostado às fls. 42, constituindo, na verdade, garantia de **regresso no contrato**, o que não se admite. Recurso ao qual se nega seguimento”. (**Relator - DES. MARIO ASSIS GONÇALVES - Julgamento: 27/04/2010 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL - Apelação Cível n. 0239975-62-2008-8-19-0001 ( 2009.001.69782)**)

Dessarte, há de se observar, que, mesmo para a parcela da doutrina e jurisprudência que não admite a cláusula de garantia de regresso no contrato de *factoring*, seria perfeitamente cabível o direito de regresso no referido contrato quando existir vício que contamine o crédito cedido, ocasionado por culpa do faturizado, impedindo a respectiva cobrança pelo faturizador diretamente do sacado.

Já a outra parte da doutrina entende que seria possível a estipulação da cláusula pro solvendo por ocasião da formalização do contrato de fomento mercantil, sendo certo que o grau de risco poderia ser contratualmente pactuado pelas partes, decorrendo daí a possibilidade do contrato de *factoring* dar-se com ou sem a cláusula de regresso.

Para a referida parte da doutrina, não haveria qualquer abuso ou ilegalidade em relação a tal cláusula, posto que, em qualquer atividade comercial onerosa, o valor a ser desembolsado sempre guardará absoluta compatibilidade com o grau de incerteza do negócio firmado pelos interessados, havendo disponibilidade para uma assunção de maior ou menor risco, de acordo com o valor de deságio pago pela aquisição dos direitos creditórios.

Diante da natureza do instituto do factoring, entendo que perfeitamente possível a estipulação de cláusula de regresso nos referidos contratos, já que não há qualquer vedação legal nesse sentido, uma vez que se trata de contrato em que se aplicam os princípios gerais do direito negocial, em especial o da autonomia de vontade, da obrigatoriedade do contrato e da

boa-fé, observados, ainda, os pressupostos de validade da avenças, ou seja, a capacidade das partes, a licitude do objeto, que deverá ser possível, determinado ou determinável, e a forma ser prescrita ou não vedada em Lei.

Portanto, em não existindo disposição legal em sentido contrário, perfeitamente possível se entender que o risco decorrente de uma possível inadimplência dos sacados não seja assumido exclusivamente pela empresa de *factoring*, sendo este assumido, via cláusula contratual, por parte do faturizado, que seria responsável solidário pelo adimplemento dos créditos cedidos.

É de se destacar, ainda, o artigo 296 do Código Civil de 2002 que dispõe: “*salvo estipulação em sentido contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor*”.

Ora, não há dúvida de que a aludida norma da Lei Substantiva Civil permite que o cedente responda pela insolvência do devedor, desde que pactuada tal obrigação no contrato originário, não havendo qualquer razão plausível para que tal norma não incida nos contratos de fomento mercantil.

Pelo exposto, considerando que não há qualquer disciplina legal vedando, entendo que perfeitamente cabível a estipulação da cláusula de regresso nos contratos de *factoring*, sendo possível emprestar-se natureza pro solvendo em tais contratos, desde que estipulados de maneira livre entre as partes, denotando-se que o cedente deve ter ciência de assunção do risco, diante do princípio da boa-fé objetiva que permeia todos os contratos firmados, observando-se, ainda, os requisitos de validade inerentes a todas relações obrigacionais. ♦

# Fomento Mercantil

**Luiz Claudio Silva Jardim Marinho<sup>1</sup>**

O *factoring* representa, em conceituação livre, uma atividade de fomento mercantil caracterizada por aquisição de ativos, mediante pagamento de um preço, sem implicar riscos de inadimplemento ao cedente e sem direito de regresso contra o cedente.

A palavra *factoring* não encontra tradução na língua portuguesa e sua origem se relaciona à figura do *factor* (fazedor, gestor de negócios).

No Brasil, o *factoring* surgiu com a criação da Associação Nacional das Sociedades de Fomento Mercantil – ANFAC – em 11.2.1982. Atualmente, encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados, o PLC – Projeto de Lei da Câmara nº 13 de 2007, de autoria do Deputado João Herrmann, que dispõe sobre as operações de fomento mercantil - *factoring* e dá outras providências.

Fato objetivo é que não há legislação específica no ordenamento jurídico Brasileiro regulando o *factoring*.

A atividade de *factoring*, como afirmado, se relaciona à prestação de serviços e compra de créditos (direitos) de empresas resultantes de vendas mercantis a prazo.

As empresas de *factoring* devem ser registradas no Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) e devem ter certificado especial da ANFAC - Associação Nacional das Sociedades de Fomento Mercantil – Factoring para que possam desenvolver suas atividades mercantis.

*Factoring* é uma atividade mercantil, e não financeira, o que significa que as empresas que exercem tal atividade não necessitam de autorização do Banco Central do Brasil para que sejam constituídas e registradas.

São partes do contrato: a empresa contratante endossante – cliente,

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito do II Juizado Especial Cível da Barra da Tijuca.



a empresa contratada endossatária - empresa de fomento mercantil e os eventuais responsáveis solidários.

A atividade desenvolvida pelo fomento mercantil é caracterizada pela prestação de serviços e compra de direitos de crédito originados de vendas ou serviços mercantis.

No que tange à classificação, pode-se afirmar que o *factoring* é um contrato atípico, misto, de natureza sinalagmática consensual, comutativa, *intuitu personae*, oneroso, paritário ou de adesão, comutativo (mas com carga de aleatoriedade - ligada à solvência do devedor cedido), bilateral e regido por normas insertas no Código Civil e pelas leis de mercado, inserida na livre concorrência empresarial.

Não se aplica, nas atividades de *factoring*, o Código de Defesa do Consumidor, uma vez que o objeto se relaciona a crédito (ativo) e o dinheiro não pode ser tratado como bem de consumo, mas sim como insumo, o que afastaria a incidência da Lei nº 8.078/90 nas respectivas operações, diante, ademais, da ausência da figura do destinatário final dos produtos ou serviços (teoria finalista), na medida em que o cedente objetiva a venda de direito de crédito para incremento de sua própria atividade.

Não há, portanto, como se enquadrá-la como uma relação de consumo. A relação jurídica decorrente do contrato de *factoring* é uma relação de produção e circulação de bens destinados à revenda e obtenção de lucro, pressupostos incompatíveis com a conceituação e sistema protetivo do Código de Defesa e Proteção ao Consumidor, estruturado sob o prisma do reconhecimento de sua vulnerabilidade no mercado de consumo.

A cessão de crédito é a transferência ativa da obrigação ou a venda de um direito de crédito e o dado relevante a ser destacado é que a transação do *factoring* é feita em caráter mercantil (*pro soluto*).

Importante consignar, neste particular, a diferença entre o caráter *pro soluto* e *pro solvendo* da cessão do crédito e o perigo de examiná-lo sobre a natureza *pro solvendo*, o que pode comprometer a própria natureza e subsistência do instituto, mercê de desvirtuar a finalidade para a qual foi criado.

Na cessão *pro soluto*, o cedente responde pela existência e legalidade

do crédito, mas não responde pela solvência do devedor. Neste particular, ressalte-se que o artigo 296 do Código Civil estabelece que o cedente não responde pela solvência do devedor, saldo estipulação em contrário, o que significa que, na transferência *pro soluto*, não há direito de regresso do cessionário contra o cedente, ou seja, a empresa de *factoring*, o *factor*, assume os riscos da cobrança e, eventualmente, da insolvência do devedor.

Sobre a natureza *pro soluto* do contrato de *factoring*, vale transcrever acórdão adiante colacionado, da lavra do Desembargador Mario Assis Gonçalves, no qual enfrenta a natureza *pro soluto* do contrato de *factoring*:

“Embargos à execução. Contrato de fomento mercantil (*factoring*). Nota promissória. Garantia de recebimento dos créditos. Impossibilidade. Precedentes do STJ. Embora não regulamentado em legislação específica, o contrato de *factoring* é, por muitos, considerado um contrato atípico e se caracteriza, grosso modo, pela cessão dos direitos de crédito do faturizado ao faturizador. Distingue-se da operação bancária de desconto de títulos, já que o faturizador assume o risco pelo não pagamento pelo devedor dos títulos negociados, ao contrário do que se dá naquela operação, recebendo, para tanto, uma comissão. Assim, com exceção das hipóteses de ilegalidade dos títulos de crédito cedidos, são vedadas as garantias de regresso nos contratos de *factoring*, sendo da essência do contrato a responsabilidade do faturizador pelos riscos da imponibilidade e da insolvência do devedor (*sacado*). Na hipótese dos autos, verifica-se que a nota promissória sob que se funda a execução teve sua origem em um contrato de *factoring* celebrado entre a empresa apelante e os apelados, conforme cláusula 3.4.2 do aditivo contratual acostado às fls. 42, constituindo, na verdade, garantia de regresso no contrato, o que não se admite. Recurso ao qual se nega seguimento”. Apelação Cível nº 0239975-62.2008.8.19.0001 (2009.001.69782),

Relator DES. MARIO ASSIS GONCALVES - Julgamento:  
27/04/2010 – TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TJERJ.

Na cessão *pro solvendo*, por sua vez, o cedente também responde pela solvência do devedor, o que significa que o cessionário poderá cobrar o valor do cedente se o devedor não efetuar o pagamento da dívida. O cedente responde pela existência, higidez e solvabilidade do crédito, ao contrário do que ocorre no caráter *pro soluto*.

O contrato de *factoring*, pois, se estrutura no caráter *pro soluto* do crédito, o que importa a necessidade de meios adequados para satisfação do crédito adquirido pela empresa faturizadora.

O risco no desenvolvimento da atividade de factoring estará sempre presente pela incerteza quanto ao recebimento do crédito cedido. E, para a satisfação do direito subjetivo decorrente da aquisição do crédito, a empresa de *factoring* se vale, eventualmente, da atividade de execução para satisfação. A execução é uma das formas de reaver o crédito pela via judicial.

E, como cediço, a execução é o chamado ponto de estrangulamento do processo, um dos fatores de complicação da entrega da prestação jurisdicional.

A execução no Código de Processo Civil de 1973 se revelou um procedimento absolutamente anacrônico e sem qualquer comprometimento com a celeridade e satisfação do crédito, o que deu ensejo à criação de um modelo sincrético.

Pelo sistema processual introduzido a partir da Lei nº 11.232/2005, o cumprimento de sentença não depende mais de processo autônomo, tendo se transformado em um mero desdobramento da fase de conhecimento ou incidente processual (atente-se que os títulos executivos extrajudiciais necessitam de procedimento autônomo na forma das alterações introduzidas pela Lei nº 11.382/2006).

As dificuldades de se alcançar a satisfação do crédito pela via executiva têm sido enfrentadas em todos os sistemas processuais, merecendo especial atenção o fato de que alguns países, sobretudo na Europa Ocidental, afastaram a atividade executiva do Poder Judiciário, servindo como

exemplos a França, Itália, Suíça, Holanda, Bélgica.

Na América do Sul, o Chile é o único país que está discutindo a possibilidade de retirar a execução da atividade jurisdicional, transferindo-a para órgãos (Conselhos) responsáveis pela prática de atos executórios.

Pelo modelo propugnado em tais sistemas, a execução seria atividade ontologicamente administrativa e entregue a órgãos responsáveis pelas atividades relacionadas à construção e satisfação, reservando-se ao Judiciário uma atuação voltada exclusivamente para o controle da legalidade e constitucionalidade dos atos executórios, mas sem enfeixar a figura de um gestor da execução.

Outro aspecto de interesse relacionado ao *factoring* diz respeito ao exame do elenco de títulos executivos extrajudiciais, porquanto as execuções, amiúde, se fundam em créditos neles consignados.

O projeto do novo Código de Processo Civil apresenta, substancialmente, o mesmo elenco de títulos executivos extrajudiciais previsto no atual artigo 585 do Código de Processo Civil. Desaparece, contudo, o “crédito do perito aprovado por decisão do Juiz” do rol de títulos executivos extrajudiciais, que, a partir do novo código, passa para o rol dos títulos executivos judiciais.

E não poderia ser diferente, uma vez que o valor do crédito do perito foi submetido ao crivo judicial e obteve a devida homologação pelo Juiz, constituindo-se a partir da respectiva decisão judicial.

Merece especial análise a denominada Fraude à Execução, instituto de criação do Direito Brasileiro e sem qualquer paralelo em outro sistema processual.

A fraude à execução se encontra numa situação intermediária entre a fraude a credores e a alienação ou oneração de bem já penhorado.

A fraude à execução pode ser reconhecida no próprio processo de conhecimento em curso, se o devedor, já citado, aliena bens para reduzir-se à insolvência. É considerada *in re ipsa* – inerente ao próprio ato.

O Superior Tribunal de Justiça, em 20/03/2009, editou o Enunciado nº 375 que prevê: “o reconhecimento da fraude de execução depende de registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro

adquirente”, exigindo, pois, requisito subjetivo (prova da má-fé) e objetivo (registro da penhora).

O desacerto, com efeito, do entendimento consignado no verbete se observa pelo exame de um dos precedentes mencionados para edição do respectivo entendimento:

*REsp 739388 . PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA DE BEM ALIENADO A TERCEIRO DE BOA-FÉ. AUSÊNCIA DE TRANSCRIÇÃO DO TÍTULO NO REGISTRO DE IMÓVEIS. 1. Alienação de bem imóvel pendente execução fiscal. A novel exigência do registro da penhora, muito embora não produza efeitos infirmadores da regra **prior in tempore prior in jure**, exsurgiu com o escopo de conferir à mesma efeitos **erga omnes** para o fim de caracterizar a fraude à execução. 2. Deveras, à luz do art. 530 do Código Civil, sobressai claro que a lei reclama o registro dos títulos translativos da propriedade imóvel por ato **inter vivos**, onerosos ou gratuitos, posto que os negócios jurídicos em nosso ordenamento jurídico, não são hábeis a transferir o domínio do bem. Assim, titular do direito é aquele em cujo nome está transcrita a propriedade imobiliária. 3. Todavia, a jurisprudência do STJ, sobrepujando a questão de fundo sobre a questão da forma, como técnica de realização da justiça, vem conferindo interpretação finalística à Lei de Registros Públicos. Assim é que foi editada a Súmula 84, com a seguinte redação: "É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro". 4. "O CTN nem o CPC, em face da execução, não estabelecem a indisponibilidade de bem alforriado de constrição judicial. A preexistência de dívida inscrita ou de execução, por si, não constitui ônus '**erga omnes**', efeito decorrente da publicidade do registro público. Para a demonstração do '**consilium fraudis**' não basta o ajuizamento da ação. A demonstração de má-fé, pres-*

*supõe ato de efetiva citação ou de constrição judicial ou de atos persecutórios vinculados a imóvel, para que as modificações na ordem patrimonial configurem a fraude. Validade da alienação a terceiro que adquiriu o bem sem conhecimento de constrição já que nenhum ônus foi dado à publicidade. Os precedentes desta Corte não consideram fraude de execução a alienação ocorrida antes da citação do executado alienante. (EREsp nº 31321/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 16/11/1999) 5. Aquele que não adquire do penhorado não fica sujeito à fraude **in re ipsa**, senão pelo conhecimento **erga omnes** produzido pelo registro da penhora. Sobre o tema, sustentamos: “Hodiernamente, a lei exige o registro da penhora, quando imóvel o bem transcrito. A novel exigência visa à proteção do terceiro de boa-fé, e não é ato essencial à formalização da constrição judicial; por isso o registro não cria prioridade na fase de pagamento. Entretanto, a moderna exigência do registro altera a tradicional concepção da fraude de execução; razão pela qual, somente a alienação posterior ao registro é que caracteriza a figura em exame. Trata-se de uma execução criada pela própria lei, sem que se possa argumentar que a execução em si seja uma demanda capaz de reduzir o devedor à insolvência e, por isso, a hipótese estaria enquadrada no inciso II do art. 593 do CPC. A referida exegese esbarraria na inequívoca **ratio legis** que exsurgiu com o nítido objetivo de proteger terceiros adquirentes. Assim, não se pode mais afirmar que quem compra do penhorado o faz em fraude de execução. ‘É preciso verificar se a aquisição precedeu ou sucedeu o registro da penhora’. Neste passo, a reforma consagrou, no nosso sistema, aquilo que de há muito se preconiza nos nossos matizes europeus.” (Curso de Direito Processual Civil, Luiz Fux, 2ª Ed., p. 1298/1299), 6. Precedentes: Resp 638664/PR, deste Relator, publicado no DJ: 02.05.2005; REsp 791104/PR, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, publicado no DJ 06.02.2006; REsp 665451/ CE Relator Ministro CASTRO MEIRA DJ*

07.11.2005, Resp 468.718, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 15/04/2003; AGA 448332 / RS , Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 21/10/2002; Resp 171.259/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 11/03/2002. 7. *In casu, além de não ter sido registrada, a penhora efetivou-se em 05/11/99, ou seja, após a alienação do imóvel pelos executados, realizada em 20/04/99, devidamente registrada no Cartório de Imóveis (fls. 09) data em que não havia qualquer ônus sobre a matrícula do imóvel. Deveras, a citação de um dos executados, ocorreu em 25/03/99, sem contudo, ter ocorrido a convocação do outro executado.* 8. *Recurso especial provido.*”

Havia, adrede à edição do enunciado, mera conformidade com o potencial de conhecimento do devedor de que poderia ficar insolvente, o que se revelava como providência adequada para o substrato fático.

O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, passou a exigir a comprovação da má-fé do devedor.

O Projeto do novo Código de Processo Civil inseriu o texto do Enunciado nº 375 como dispositivo legal, o que compromete ainda mais a efetividade da atividade executiva, uma vez que confunde os institutos da fraude de execução e fraude de credores, que, embora semelhantes, se mostram absolutamente distintos, na medida em que a fraude de execução pode ocorrer em qualquer procedimento judicial em que se tenha a possibilidade de conduzir o devedor à insolvabilidade, bastando para tanto a alienação de bens após obter ciência inequívoca do ajuizamento da ação de conhecimento que tenha o condão de proporcionar a formação de título executivo judicial.

O entendimento consignado no verbete do Superior Tribunal de Justiça exige a comprovação da má-fé, olvidando a complexidade de se produzir a documentação do elemento subjetivo (intenção).

*Agravo de instrumento contra decisão que, em ação monitória, convertida em execução, reconheceu a existência de fraude à exe-*

*cução, deu por ineficaz as alienações realizadas pelo Agravante em relação ao credor nos autos do processo originário e determinou a penhora de todo o seu patrimônio. Agravo regimental contra decisão que deferiu parcialmente o efeito suspensivo não conhecido. Agravante que quando da propositura da ação monitória integrava a sociedade devedora, composta, à época, por apenas dois sócios, cada um titular de metade do capital social, sustentando dela ter se retirado em setembro de 2006, quando a ação judicial já havia sido convertida em execução. Alienações de bens do Agravante ocorridas em 2008 e 2009, ocasião em que é razoável concluir que tinha ele plena ciência da execução, demanda capaz de reduzi-lo à insolvência, pois a devedora originária, sociedade por cotas de responsabilidade limitada, não chegou a garantir o juízo, embora sustente o Agravante que ela teria condições de fazê-lo. Desprovemento do agravo de instrumento. Agravo de Instrumento nº 0018096-78.2011.8.19.0000, Relatora DES. ANA MARIA OLIVEIRA - Julgamento: 11/10/2011 - OITAVA CÂMARA CÍVEL TJERJ.*

Procurou-se, pois, com as presentes linhas, enfrentar os aspectos do contrato de factoring em sua ontologia, procedendo, em seguida, à abordagem de alguns dos institutos a ele diretamente relacionados e à luz das alterações propugnadas pelo projeto do novo Código de Processo Civil, como a natureza *pro solvendo* do negócio jurídico e o aspecto relacionado ao entendimento sobre a fraude à execução, revelando-se necessário o questionamento reflexivo e crítico sobre o modelo jurisdicional de execução e seu desenvolvimento nos sistemas que o estruturam dentro de uma perspectiva administrativa. ◆



# Fomento Mercantil

## Mariana Moreira Tangari Baptista<sup>1</sup>

O contrato de faturização, fomento mercantil ou *factoring* é um contrato atípico, sujeito às normas gerais estabelecidas no Código Civil, pelo qual uma empresa (faturizadora) se obriga a gerir os créditos de outra empresa ou empresário (faturizado) e assume os riscos decorrentes do inadimplemento dos devedores deste último, garantindo o pagamento destes créditos. É contrato consensual, pois se materializa com a manifestação de vontade, é paritário, comutativo.

De acordo com Fran Martins, em sua obra **Contratos e Obrigações Comerciais**, 14a edição, 1998, p. 478:

*Nos contratos de faturização, algumas cláusulas são consideradas essenciais, neles devendo figurar obrigatoriamente. São cláusulas essenciais as relativas à exclusividade ou totalidade das contas do faturizado, à duração do contrato, à faculdade de escolher o faturizador as contas que deseja garantir, aprovando-as, a relativa à liquidação dos créditos, a sobre a cessão dos créditos ao faturizador, a sobre a assunção dos riscos pelo faturizador e finalmente a sobre a remuneração do faturizador. Outras cláusulas, entretanto, poderão ser ajustadas no contrato, por conveniência das partes. Nenhuma, porém, deve derrogar as cláusulas essenciais.*

No Brasil, embora no início da atividade de fomento mercantil o Banco Central tenha editado a Resolução 703/82, limitando o exercício da atividade por instituições financeiras, em 1986 o TFR decidiu que o BA-

<sup>1</sup> Juíza de Direito da 4ª Vara Cível de Jacarepaguá.

CEN não pode regular a atividade de *factoring* e sim, as Juntas Comerciais, sob a supervisão do Departamento Nacional do Comércio. Posteriormente, em 30/09/1988, a Diretoria do BACEN revogou a Circular 703 com a edição da Circular 1359, enfatizando que o *factoring* não se confunde com a atividade exercida pelas Instituições Financeiras, regulada pela Lei 4.595/64. Isso foi uma conquista para a ANFAC (associação que congrega as pessoas jurídicas que se dedicam à atividade de Fomento Mercantil). Fran Martins, ao analisar a diferença entre as operações realizadas por instituições financeiras e as operações realizadas pelas empresas de fomento mercantil, destaca que estas realizam operações especulativas, de risco e aquelas operações de crédito (Martins, Fran, **Contratos e Obrigações Mercantis**, 14ª edição, 1998, p. 472).

Por meio do *factoring* qualquer empresa tem a possibilidade de trocar os ativos realizáveis por ativos disponíveis. É uma atividade de apoio ao segmento das pequenas e médias empresas, que, por meio do contrato de fomento mercantil, obtêm um reforço no capital de giro. Em outras palavras, uma empresa que precisa de dinheiro hoje cede uma nota promissória no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) que vence daqui a dois meses para uma empresa de fomento mercantil, recebendo R\$ 700,00 (setecentos reais). Na época do vencimento, a empresa de fomento mercantil efetua a cobrança e lucra com o recebimento do crédito em valor superior ao que pagou. Essa é a chamada comissão da empresa de fomento mercantil. Se o devedor não pagar, a faturizadora tem prejuízo, pois não tem direito de regresso contra o cedente do crédito.

Essa é a maior característica do contrato de fomento mercantil. Daí porque há uma grande discussão sobre a possibilidade de ser inserida uma cláusula no contrato prevendo o direito de regresso da faturizadora (cessionária do crédito) contra o faturizado (cedente).

Para o Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo, é possível que seja inserida cláusula de regresso no contrato de fomento mercantil, pois este, embora citado em várias leis, não tem nenhuma lei que o regule. Portanto, é contrato atípico, sujeito às normas gerais do Código Civil, sendo certo que o art. 914 do Código Civil ressalva a inclusão de

cláusula de regresso no endosso, que é uma forma de cessão de crédito.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro tem reconhecido o direito de regresso da empresa de fomento mercantil contra a empresa que lhe cedeu o crédito quando este não tiver nenhuma *causa debendi*, ou seja, se tratar de título de crédito "frio". Vejamos o seguinte julgado de 28/04/2010:

*Monitória. Contrato de fomento mercantil factoring. Embargos desacolhidos. Sentença de procedência. Apelação. Agravo retido não reiterado e, por isso, tido por renunciado. Ilegitimidade passiva. Atuação de sócio gerente no limite de poderes que lhe foram outorgados, em observância à finalidade prevista no contrato social e aos negócios realizados pela empresa -- cláusulas 1ª e 7ª do Contrato Social. Exigência de atuação conjunta dos sócios que não se aplica à espécie, mas tão somente à movimentação de contas bancárias. Responsabilidade solidária do sócio gerente. Tema precluso por ocasião do julgamento do Agravo Inominado no Agravo de Instrumento nº 2009.002.27473, por esta Egrégia Câmara, que entendera pela desnecessidade do chamamento ao processo do fiador solidário, com fundamento no art. 285 do CPC. Faculdade de exercício do direito de regresso da empresa apelante face ao sócio-gerente assegurada caso, posteriormente, constatado o excesso de poderes de gerência ao firmar a referida avença. Restante do mérito. Títulos vendidos à faturizadora, no âmbito das operações de factoring pactuadas, desprovidos de causa debendi, considerados "frios" e não resgatados pelo devedor. Ação intentada face à faturizada, responsável pela legalidade, veracidade e legitimidade dos títulos de crédito adquiridos pela apelada e, em consequência, pelos prejuízos da operação de factoring advindos, como, aliás, pactuado na cláusula terceira, § 1º, alínea b do respectivo negócio mercantil. Excesso de execução. Juros e multa fixados de acordo com as disposições contratuais vigentes. Empresa em liquidação ordinária, por*

*força de sentença judicial. Incidência das regras previstas nos arts. 655 a 674 do antigo Código de Processo Civil.”(Decreto-lei nº 1608/39), ainda em vigor, tal como previsto no art. 1218, VII do atual CPC. Credora que deverá exibir o título de seu crédito à liquidante nomeada, ao escopo do respectivo pagamento CPC/39, art. 660, II. Recurso não provido. (apelação cível n. 0104423-33.2005.8.19.0001) (grifos nossos)*

Segundo a jurisprudência de nosso Tribunal de Justiça, não se admite a previsão de cláusula de regresso no contrato de fomento mercantil, sob pena deste ficar descaracterizado, tornando-se mero desconto bancário. Isso porque a maior característica do *factoring* é o risco da operação, sendo este o motivo pelo qual a comissão do faturizador é maior que a remuneração da instituição financeira no desconto bancário.

Porém, é pacífico o entendimento jurisprudencial segundo o qual o faturizado deve responder pela legalidade, veracidade e legitimidade dos títulos de crédito vendidos à faturizadora. Isso porque não se pode premiar quem age de má-fé, devendo ambas as partes guardar, tanto nas tratativas quanto na execução do contrato, a mais estrita boa-fé (arts. 421 e 422 do Código Civil).

No julgado acima referido havia previsão expressa no contrato sobre a responsabilidade do faturizado pela legalidade, veracidade e legitimidade do título, mas, mesmo quando não houver esta cláusula, existe esta responsabilidade, pelas razões explicitadas acima e, ainda, pelo disposto no art. 295 do Código Civil.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, já decidiu que é possível a previsão de cláusula de regresso no contrato de fomento mercantil. Vejamos os seguintes julgados:

*RECURSO ESPECIAL. TÍTULOS DE CRÉDITO. DUPLICATAS SEM CAUSA. PROTESTO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REDUÇÃO. 1. O contrato de factoring convencional é aquele que encerra a seguinte operação: a empre-*

*sa-cliente transfere, mediante uma venda cujo pagamento dá-se à vista, para a empresa especializada em fomento mercantil, os créditos derivados do exercício da sua atividade empresarial na relação comercial com a sua própria clientela – os sacados, que são os devedores na transação mercantil. 2. Nada obstante os títulos vendidos serem endossados à compradora, não há por que falar em direito de regresso contra o cedente em razão do seguinte: (a) a transferência do título é definitiva, uma vez que feita sob o lastro da compra e venda de bem imobiliário, exonerando-se o endossante/cedente de responder pela satisfação do crédito; e (b) o **risco assumido pelo faturizador é inerente à atividade por ele desenvolvida, ressalvada a hipótese de ajustes diversos no contrato firmado entre as partes.** 3. Na indenização por dano moral por indevido protesto de título, mostra-se adequado o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Precedentes 4. Recurso especial conhecido em parte e provido. (REsp 992421 / RS RECURSO ESPECIAL 2005/0164082-4 - Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS (1096) - Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (1123) - T3 - TERCEIRA TURMA - 21/08/2008 - DJe 12/12/2008) (grifos nossos)*

*AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DUPLICATA. NULIDADE. CAUSA DEBENDI. AUSÊNCIA. ENDOSSO. SOCIEDADE DE FOMENTO MERCANTIL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. “A devedora pode alegar contra a empresa de factoring a defesa que tenha contra a emitente do título.” (REsp 469051/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 12/05/2003 p. 308, LEXSTJ vol. 167 p. 85, RSTJ v. 184 p. 376) 2. “Nada obstante os títulos vendidos serem endossados à compradora, não há por que falar em direito de regresso contra o cedente em razão do seguinte: (a) a transferência do título é definitiva, uma vez que feita sob o lastro da compra e venda de bem imobiliário, exonerando-se o*

*endossante/cedente de responder pela satisfação do crédito; e (b) o risco assumido pelo faturizador é inerente à atividade por ele desenvolvida, ressalvada a hipótese de ajustes diversos no contrato firmado entre as partes.”* (REsp 992421/RS, Rel. para Acórdão Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe 12/12/2008) 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 1115325 / RS AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2008/0230462-3 - Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI (1145) - T4 - QUARTA TURMA - 01/09/2011 - DJe 09/09/2011) (grifos nossos)

Porque é contrato atípico, para o Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo, o faturizador pode exigir garantia do faturizado, seja real ou fidejussória. Todo empresário busca minorar os seus riscos. Daí porque entende que pode haver cláusula de regresso, obrigando o faturizado de forma solidária ou subsidiária.

É importante mencionar que o devedor ou sacado deve ser notificado da cessão do crédito entre o faturizado e o faturizador, mas não precisa concordar com a cessão para que esta se materialize e produza efeitos em relação a ele. A finalidade da notificação é impedir que o sacado pague ao faturizado, de boa-fé, o que extinguiria sua obrigação, a teor do disposto no art. 292 do Código Civil. O sacado ou devedor tem o direito de opor ao faturizador as exceções que tinha contra o faturizado, nos termos do art. 294 do Código Civil.

Outra questão que gera discussão na doutrina é a possibilidade de o *factoring* ter por objeto crédito vencido. Há quem diga que somente créditos a vencer podem ser objeto de contrato de fomento mercantil. Esse é o *factoring* convencional, cessão de crédito a vencer.

Para o Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo, é possível *factoring* de crédito vencido, desde que esteja em negrito, em destaque o vencimento, uma vez que o contrato é atípico. A necessidade de destacar o vencimento do crédito se dá para que o faturizador tenha ciência inequívoca de que está adquirindo um crédito vencido, por força dos princípios

da boa-fé, da transparência que devem nortear todas as relações contratuais. De acordo com o Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo, enquanto não existir uma lei cogente disciplinando o *factoring*, tudo é possível, desde que não haja violação à boa-fé, à função social do contrato, ao equilíbrio econômico financeiro, etc.

O contrato de fomento mercantil pode prever a liquidação do crédito pelo faturizador somente no dia do vencimento. É o chamado *maturity factoring*. Mas o típico contrato de *factoring*, chamado *tradicional* ou *old line factoring* é aquele em que a liquidação do crédito se dá antes do vencimento.

O *factoring*, porém, não se limita a ser uma operação de crédito em que o cessionário assume o risco decorrente do não pagamento; ele vai além disso. O contrato de fomento mercantil pode ser usado como uma técnica financeira, quando funciona como um financiamento para a empresa faturizada, ou prever que o faturizador exerça a administração dos créditos desta empresa. Nesse caso, o *factoring* é usado como técnica de gestão comercial, e o faturizador presta serviços de gestão empresarial ao faturizado, selecionando clientes (deixa de fora os usualmente inadimplentes), efetuando o acompanhamento comercial e das contas a receber e a pagar, examinando a situação creditícia da empresa compradora de produtos, selecionando e avaliando os fornecedores, efetuando a cobrança dos créditos, prestando qualquer outro serviço com vistas a diminuir os encargos e aumentar os lucros da empresa faturizada.

A empresa faturizadora, assim, ainda que não tenha obtido determinado crédito por cessão, pode vir a efetuar a cobrança deste crédito, agindo como mandatária da empresa faturizada. A faturizadora pode selecionar os créditos que deseja receber por cessão, assumindo o risco pelo inadimplemento, e os créditos que deseja apenas administrar, agindo como mandatária.

Por fim, cabe mencionar que, além de proporcionar reforço no capital de giro das pequenas e médias empresas, o contrato de fomento mercantil é importante ferramenta de obtenção de crédito para as empresas em recuperação judicial. Isso porque as empresas de fomento mercantil são

credoras extraconcursais. Ou seja, se não houver sucesso na recuperação judicial, os credores de *factoring* não entrarão no concurso de credores, serão, assim, os primeiros a receber, segundo o disposto no art. 84, V, *c/c* art. 67 da Lei 11.101/2005. ♦



# Fomento Mercantil

**Rafael Rodrigues Carneiro<sup>1</sup>**

No dia 7 de outubro de 2011, foi realizado o II Encontro Jurídico de Fomento Mercantil pelo SINFAC – Sindicato das Sociedades de Fomento Mercantil Factoring do Estado do Rio de Janeiro, em parceria com a EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

O evento foi organizado em cinco palestras, com os seguintes temas e palestrantes:

Palestra 1 – “Arcabouço Jurídico do Fomento Mercantil e o Projeto de Lei Factoring”, tendo como palestrante o Dr. Luis Lemos Leite (ex-Diretor do Banco Central e Presidente da ANFAC).

Palestra 2 – “A Execução de Títulos Extrajudiciais no novo CPC”, tendo como palestrante o Des. Alexandre Freitas Câmara – TJ/RJ.

Palestra 3 – “Legalidade da Cláusula de Regressa no Contrato de Factoring”, tendo como palestrante: Des. Marco Aurélio Bezerra de Melo – TJ/RJ.

Palestra 4 – “Os estímulos da Lei de Recuperação Judicial”, tendo como palestrante o Juiz de Direito Luiz Roberto Ayoub – TJ/RJ.

Palestra 5 – “Fomento Mercantil e a Jurisprudência do STJ”, tendo como palestrante o Ministro Luis Felipe Salomão – STJ.

Atendendo à Resolução ENFAM de 02/03/2009, passo a dissertar acerca dos temas ministrados.

A palestra do Dr. Luis Lemos Leite procurou traçar um histórico da atividade de *factoring*.

O *factoring*, denominado também de fomento mercantil, tem suas raízes latinas, uma vez que em Roma o *factor* designava a pessoa que exercia o comércio por conta de um terceiro intermediário.

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito da 1ª Vara de Família de Teresópolis.

No século XVIII, na época da colonização inglesa, a figura do *factor* foi aproveitada para representar na América os interesses da metrópole Londres em desenvolver a economia local da colônia priorizando a indústria têxtil e o comércio doméstico. O *factor* era um agente comercial que tinha por objetivo cuidar de toda a logística, recepção, guarda e armazenamento das matérias primas e produtos oriundos da metrópole Londres. A denominação *factoring* surgiu em 1808, em Nova York, por iniciativa de, um *factor*.

Aquele *factor* que, em 1808, já prestava serviços de apoio e seleção dos fornecedores e dos compradores dos produtos das indústrias têxteis, que compunha sua clientela, agregou mais uma atividade ao seu negócio, ao comprar, com seus próprios recursos, os créditos (direitos) gerados pelas vendas feitas àqueles compradores previamente por ele aprovados.

No Brasil, a positivação do factoring até hoje ainda não foi realizada por legislação específica, estando prevista em Circulares e outros atos internos do Banco Central. O instituto também encontra previsão em diplomas legais que não versam diretamente sobre a atividade empresarial.

Entre as legislações que versam sobre *factoring*, destacam-se: a Instrução Normativa n° 16/1986 do DNRC; a Circular n° 1359 do BACEN, que diferenciou as sociedades de factoring das instituições financeiras, reguladas pela Lei n° 4.595/64, na medida em que o factoring deve ser compreendido como uma atividade mista, de conjugação de prestação de serviços com aquisição de direitos creditórios ou créditos mercantis; Resolução n° 2.144/95 do Conselho Monetário Nacional; a Lei n° 8981/95, que trata do imposto de renda e que positivou o conceito de factoring; a Circular n° 2715/96 do BACEN; a Lei n° 9.613/98, que dispõe sobre o crime de lavagem de dinheiro e sobre a criação do COAF; o Projeto de Lei n° 3.615/2000, ainda em tramitação no Congresso Nacional.

Em relação ao Projeto de Lei n° 3.615/2000, esse foi elaborado com base na melhor doutrina sobre a matéria. Entretanto, o Projeto de Lei n° 3.615/2000 sofreu alterações em decorrência de um substitutivo do Senado que esvazia a atividade econômica. Assim, o projeto retornou à Câmara dos Deputados, onde foi rejeitado o substitutivo do Senado, estando, atu-

almente, em fase de aprovação na Câmara dos Deputados, de onde seguirá para sanção presidencial.

No que tange propriamente ao contrato de *factoring*, esse é um contrato misto, comutativo, atípico, inominado, oneroso e personalíssimo, em que, através do endosso, há uma aquisição de direitos creditórios ou créditos mercantis, sendo aplicável o art. 481 do CC/02.

No *factoring*, são três as partes que atuam necessariamente: um comerciante ou industrial, que é o cedente, titular do crédito, que o endossa; um estabelecimento adquirente, ou a empresa de *factoring*, o faturizador, que é o cessionário do crédito, o qual paga o valor respectivo ao cedente; o devedor do crédito, que é o comprador da mercadoria, ou cliente do vendedor ou cedente, junto ao qual a instituição ou faturizador receberá o montante da transação.

Além disso, para configurar o *factoring*, vários requisitos são necessários: a) venda a prazo, pois se for à vista é, na prática, inócua a transferência do crédito, já que a operação busca munir de capital de giro o faturizado, que não está em condições de aguardar o vencimento do título; b) transferência das contas do faturizado, relativa a seus clientes, o que se processa através da remessa de um *borderau*, instruído de cópias as faturas emitidas pelo vendedor, acompanhadas dos títulos de crédito, os quais serão endossados ao faturizador; c) caráter oneroso da operação, consistente na remuneração que receberá o faturizador pela cobrança dos títulos junto ao devedor.

Feitas as principais considerações acerca da primeira palestra, passa-se a abordar os principais pontos da segunda palestra, ministrada pelo Desembargador Alexandre Freitas Câmara.

A palestra do Desembargador Alexandre Freitas Câmara versou sobre a execução de títulos extrajudiciais no novo CPC, tema que guarda pertinência com o instituto do *factoring* na medida em que se trata da via adequada para a cobrança dos títulos transferidos mediante as operações dessa natureza.

De início, o palestrante ressaltou que o processo legislativo de elaboração do Código de Processo Civil seria falho. Isso porque, após as modi-

ficações feitas pela casa revisora, no retorno à casa de origem, a aprovação das modificações é feita em bloco, ou seja, ou todas as modificações são aceitas pela casa de origem ou todas as modificações são rejeitadas. Assim, nesse momento do processo legislativo, o que se pode analisar é o que já foi aprovado pelo Senado Federal.

No projeto do Senado Federal, há um livro III dedicado à execução. Levou-se em conta recente reforma do sistema de execução brasileiro. Assim, considerou-se que se deveria explorar mais as inovações da última reforma. Desta forma, o que se tem no projeto do novo Código de Processo Civil é um sistema de execução por título executivo extrajudicial muito parecido com o sistema existente no código em vigor.

O Livro III regula a execução dos títulos extrajudiciais, e se aplica subsidiariamente à execução fundada em título judicial, mais comumente conhecida como cumprimento de sentença. Por outro lado, também é certo que existe uma ampla comunicação entre as disposições dos livros do Código de Processo Civil.

Com relação aos títulos executivos extrajudiciais, os títulos são praticamente o que temos hoje, com exceção de um que desaparece: o crédito constituído em favor dos auxiliares da justiça. Isso porque o crédito constituído em favor dos auxiliares da justiça passa a integrar o rol dos títulos executivos judiciais. Além disso, surge um novo título executivo extrajudicial: a parcela de rateio de despesas condominiais aprovado em assembleia de condôminos.

A grande novidade na Teoria Geral da Execução diz respeito à fraude à execução. A fraude à execução é uma criação do direito brasileiro. Esse instituto cria uma situação de proteção ao credor de nível intermediário entre a fraude contra credores e a alienação de bem penhorado.

O direito brasileiro estabeleceu que há fraude à execução se existir um processo em curso contra um devedor e esse alienar um bem reduzindo-se à insolvência. Não há elementos subjetivos na análise da fraude à execução. Bastaria a ciência do devedor acerca da demanda e a redução à insolvência causada pela alienação de bem.

Um problema que surgiu na elaboração do novo Código de Processo

Civil é que foi positivada no texto do anteprojeto a essência do enunciado 375 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, sendo que esse enunciado já era alvo de críticas da doutrina por enfraquecer o instituto da fraude à execução. Através do referido enunciado, o Superior Tribunal de Justiça esvaziou o instituto, pois, ao passar a exigir a análise de caráter subjetivo, foi além e passou a entender que seria necessária a presença de má-fé, dolo do devedor, o que sequer é exigido na fraude contra credores.

Entretanto, o Senado Federal, no art.749, fez mudanças no anteprojeto e manteve íntegro o instituto da fraude à execução, tal como inicialmente concebido. O art. 749 do projeto de lei foi ainda mais além, pois inverteu a lógica da presunção da boa-fé. A partir da aprovação do projeto de lei, o adquirente de bem alienado em fraude à execução terá que comprovar a sua boa-fé, demonstrando que extraiu as certidões dos distribuidores da Comarca da situação da coisa e do domicílio do vendedor.

Em relação à execução por quantia certa, o projeto de Código de Processo Civil passa não mais a chamá-la de execução por quantia certa contra devedor solvente. Isso porque o novo código faz desaparecer a execução por quantia contra devedor insolvente. Em relação à situação de insolvência civil, passará a haver um concurso de credores na própria execução onde a insolvência ficar caracterizada. Por isso, a partir de então teremos apenas a execução por quantia certa contra devedor solvente no art. 781 do Código de Processo Civil.

Ao contrário do que se tem no sistema atual, no projeto do novo Código de Processo Civil, os honorários devidos na execução não são arbitrados pelo juiz, mas são estabelecidos em lei, no equivalente a 10% (dez por cento) do valor da execução, devendo ser fixados no despacho liminar. Tal como ocorre na sistemática vigente, em caso de pagamento do valor da execução no prazo de três dias, haverá redução no valor dos honorários advocatícios.

O executado será citado para pagar o valor da execução no prazo de três dias da juntada do mandado. Em não havendo pagamento, haverá a penhora de bens do executado, que não sofre qualquer mudança em relação à sistemática atual, devendo a indicação dos bens à penhora ser feita

pelo exequente.

Entretanto, deve ser anotada uma mudança quanto à regra da impenhorabilidade de bens. Na sistemática vigente, os salários são considerados bens absolutamente impenhoráveis. O projeto do novo Código de Processo Civil elaborado pelo Senado Federal permite a penhora de salário no que ultrapassar a quantia de cinquenta vezes o valor do salário mínimo. A comissão de juristas que analisa o projeto do Código de Processo Civil na Câmara dos Deputados pretende alterá-lo para permitir a penhora de até 30% (trinta por cento) do salário do devedor.

O projeto do Código de Processo Civil prevê a possibilidade de que a penhora continue a ser feita por meios eletrônicos, quaisquer que sejam os bens a ser penhorados; sendo de se ressaltar que, na prática, já se consegue efetivar penhora eletrônica de dinheiro, imóveis e veículos.

Continua-se dando prioridade à adjudicação do bem penhorado pelo exequente. Em seguida, passar-se-ia à alienação, que poderia ser feita por iniciativa particular, mudando-se, assim, o público alvo da hasta pública. A alienação ainda poderia ser feita através do leilão judicial. Em relação ao leilão judicial, a primeira anotação a ser feita é que o projeto do novo Código de Processo Civil acaba com a dicotomia leilão – hasta pública, ou seja, passa a existir somente a terminologia leilão público. Além disso, o leilão público será feito, sempre que possível, por meio eletrônico, através de sítio na internet.

Em relação à arrematação, não se admitirá a arrematação por preço vil, assim considerado 50% (cinquenta por cento) do valor de avaliação do bem, se o juiz não fixar outro valor. Inovação quanto à arrematação diz respeito à possibilidade de arrematação por preço inferior ao da avaliação já no primeiro leilão realizado, e não somente no segundo leilão, tal como ocorre atualmente.

O projeto de Código de Processo Civil não inova quanto ao modo de satisfação da execução, que se dará pela adjudicação ou pela entrega de dinheiro; também não inova quanto à defesa do executado por título executivo extrajudicial, que continuará sendo exercida por meio de embargos.

O palestrante encerrou a exposição afirmando que o novo Código de Processo Civil não traz reformas tão profundas quanto à execução. Entretanto, ressaltou que já seria o momento de se pensar no futuro no sentido de seguir a experiência de outros países com a retirada da execução do âmbito do Poder Judiciário. Ponderou ainda que a retirada da execução do âmbito do Poder Judiciário não afastaria a possibilidade de esse continuar a controlar a atividade executiva, embora não mais figurasse como o gestor da execução.

Na terceira palestra do evento, o Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo abordou a discussão acerca de a cláusula de regresso aposta em um contrato de *factoring* ferir a legalidade, desnaturando o contrato.

O palestrante analisou a estrutura do contrato de *factoring* e apontou suas características. Nesse sentido, esclareceu que o *factoring* estaria regulado pela sistemática da cessão de crédito prevista no Código Civil. Também ressaltou que o art. 15, §1º, III, da Lei 9.249/95, que é uma lei de natureza tributária, define o que seja o contrato de *factoring*.

O palestrante esclareceu que a aposição no contrato de *factoring* da cláusula de regresso contra o endossante ou cedente não é bem vista pela doutrina e pela jurisprudência, sob o argumento de que a mesma retiraria o risco da operação e desnaturaria o contrato. Apesar disso, sustentou o palestrante que a cláusula de regresso simplesmente diminuiria o risco, mas esse não deixaria de existir pela possibilidade de insolvência do próprio endossante ou cedente.

Após discorrer sobre se seria possível aplicar os princípios do Direito do Consumidor ao contrato de *factoring*, concluiu que não haveria que se cogitar de relação de consumo. Ressaltou que seria possível a inclusão da cláusula de regresso em relação ao endossante ou cedente, desde que a referida cláusula fosse ressaltada no contrato, mas não por aplicação do Código do Consumidor e sim por aplicação do Código Civil, que contém princípios como a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

A quarta palestra do evento foi ministrada pelo Juiz de Direito Luiz Roberto Ayoub, que tratou dos estímulos da Lei de Recuperação Judicial.

O palestrante iniciou sua exposição exaltando a necessidade de se-

gurança jurídica como forma de gerar desenvolvimento ao país. Esclareceu que a Lei de Recuperação Judicial é uma lei pensada com foco na segurança jurídica. Nesse contexto, a referida lei, por um lado, traz estímulos que objetivam atrair o investidor e por outro, concede benefícios às empresas em processo de recuperação. Sustentou que os benefícios concedidos pela Lei de Recuperação Judicial somente se traduziriam em abusos se houvesse convivência do Poder Judiciário. Até porque os requisitos para a concessão da recuperação judicial são muitos e o pedido de recuperação judicial sempre traz muitos prejuízos à reputação da empresa.

Em relação aos estímulos concedidos pela Lei de Recuperação Judicial ao investidor para que se sinta atraído a participar de uma recuperação judicial, o palestrante destacou três.

O primeiro estímulo seria a denominada “blindagem da ação revocatória”. Com a Lei de Recuperação Judicial, as alienações de ativos de uma empresa em recuperação judicial seriam feitas no âmbito do próprio Judiciário, dentro do plano de recuperação da empresa, e, portanto, estariam a salvo de eventuais ações revocatórias em caso de decretação da falência. Isso atrairia investidores interessados na aquisição de ativos de uma empresa em recuperação judicial.

O segundo estímulo seria a eliminação da sucessão trabalhista e fiscal na alienação de ativos da empresa em recuperação fiscal, conforme preconizado no art. 60, parágrafo único, da Lei 11.101/2005. O adquirente do ativo alienado teria a garantia da lei de que não sucederia o alienante no passivo fiscal e trabalhista, o que incrementaria o valor do ativo em negociação. O palestrante ressaltou que, a despeito de a matéria já ter sido inclusive submetida ao Supremo Tribunal Federal, não vem sendo reconhecida e respeitada por todos os segmentos do Poder Judiciário, o que gera insegurança jurídica insuportável ao investidor e, conseqüentemente prejuízo às empresas em recuperação judicial.

O terceiro estímulo, e o que mais interessa ao empresário de *factoring*, seria o fato de que aqueles que participam do projeto de recuperação judicial são considerados como extraconcursais, ou seja, recebem antes de todos os demais credores. A lei concedeu um tratamento privilegiado ao



investidor que participa do processo de recuperação fiscal. Se esse investidor que apostou na recuperação judicial não obtiver sucesso no processo de recuperação, ao menos a Lei 11.101/2005 lhes garante que estarão fora do concurso de credores, sendo os primeiros a receber seu crédito. Não se trataria de um benefício desproporcional aos investidores, mas sim de uma forma que uma lei pensada com um viés econômico encontrou para atrair investimento para o sucesso da recuperação judicial.

Na quinta e última palestra, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luis Felipe Salomão explanou acerca da estrutura do Superior Tribunal de Justiça. Ressaltou a finalidade do Tribunal em uniformizar o direito federal, bem como mencionou os pressupostos subjetivos, objetivos e específicos do recurso especial.

Em seguida, o palestrante passou a analisar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca do instituto do *factoring*, trazendo os seguintes acórdãos: Resp 992421/RS, Resp 1048341/RS, Resp 820672/DF, Resp 434433/MG, Resp 612423/DF, Resp 469051/RS, Resp 43914/RS, Resp 10052/RS, Resp 151322, Resp 330014/SP, Resp 955353/SC.

Enfim, considero essas as observações a serem feitas sobre os principais pontos do evento, que em muito contribuiu para o aperfeiçoamento dos magistrados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. ♦

# História e Natureza Jurídica do *Factoring*

**Rose Marie Pimentel Martins<sup>1</sup>**

*A palavra FACTORING é formada pela radical “FACTOR”, cuja origem etmológica vem do Latim, do substantivo do verbo “FACERE”, que significa fazer.*

Fomento Mercantil ou Factoring é uma atividade milenar, cuja origem nos leva ao Império Romano, revestindo-se de características de múltipla e variada função. Nos primórdios da História, utilizavam-se fórmulas de gestão comercial e normas que regulamentavam os procedimentos do comércio daquela época, até porque todos os comerciantes se baseavam na confiança.

A forma de obter e transferir recursos a terceiros surgia como necessidade do tráfico de mercadorias e foi utilizada pelos povos antigos: Gregos, Fenícios e Romanos, dentre outros que faziam comércio no Oriente e no Mediterrâneo.

*Portanto, “FACTOR” era o “FAZEDOR” de negócios dos romanos, ou seja, o Agente Mercantil. A figura de agente mercantil já é conhecida desde os primórdios da civilização para desenvolver o comércio, que naqueles tempos se baseavam na troca de mercadorias, ou escambo, que mais tarde evoluiu para a promessa de entrega das mercadorias e pagamento. Assim, a troca de ativos (bens e direitos) que atualmente consiste num dos pontos essenciais da atividade de Factoring já era praticada desde a época mais remota da civilização.*

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito da 1ª Vara Cível de Niterói.

À falta de uma regulação escrita, os regimes legais para essas transações eram os usos e costumes da época, mas o comércio existe desde a existência da própria humanidade.

A figura do agente de fomento mercantil nasceu com a civilização para facilitar e incrementar o comércio, que era, naqueles longínquos tempos, baseado nas trocas de mercadorias, o escambo, pois não existia moeda.

A troca ( venda ) de mercadorias ou ativos com a finalidade de obter recursos necessários para o comerciante tocar e girar os seus negócios é tão velha quanto o comércio em si. Atividades desta natureza datam daqueles tempos, praticadas pelos comerciantes da Babilônia para contornar dificuldades encontradas na comercialização de suas mercadorias.

Desse modo, comprar créditos comerciais para levantar recursos é prática das mais remotas épocas da civilização, como consta dos registros históricos dos negócios, para fazer capital de trabalho.

Os fenícios, por volta de 1200 a C, dominaram o comércio do Mediterrâneo e chegaram à Península Ibérica, desenvolvendo em larga escala o seu comércio. Os riscos inerentes ao comércio levaram os fenícios a criar suas factorias, movidos pela necessidade de reduzir o risco de crédito mediante a presença física de seus agentes no mercado de destino, além de expandir as suas relações comerciais. Há notícias de que os fenícios, em torno do séc. VIII a C, estabeleceram em Ulissipona (origem latina do nome da atual capital de Portugal-Lisboa) uma factoria um centro comercial. Cartago, o centro comercial mais desenvolvido do Mediterrâneo, foi construído pelos fenícios e cobiçado pelos romanos que lutaram 120 anos (Guerras Púnicas) para conquistá-la.

Os romanos, que construíram um dos maiores impérios da história, para manter a hegemonia do poder dos territórios conquistados, cuidaram de organizar a sua economia explorando as possibilidades comerciais das varias regiões subjugadas. Estabeleceram em pontos estratégicos do seu vasto território a figura do factor agente, via de regra, um comerciante prospero e conhecido de determinada região que se encarregava de promover o comercio local, de prestar informações creditícias sobre outros comerciantes, receber e armazenar mercadorias provenientes de outras praças

e fazer a cobrança, pela qual recebia em pagamento uma remuneração. Era um autêntico consultor de negócios.

O substantivo latino *factoris*, da terceira declinação, tem seu radical no supino do verbo *facere*, cujos tempos primitivos são *FACIO*, *FACIS*, *FECI*, *FACTUM*, QUE SIGNIFICA AGIR, FAZER, DESENVOLVER E FOMENTAR. *Factor*, portanto, quer dizer aquele que faz alguma coisa, que desenvolve ou fomenta alguma atividade. O *factor* dos romanos era agente mercantil.

O uso milenar das funções de um *factor*, por comerciantes, era feito com a finalidade de facilitar e garantir bons negócios. Devido a lentidão das comunicações e dos transportes de mercadorias, um negócio realizado em outro local, geograficamente distante e de idiomas diferentes, necessitava de suporte.

Os *factors*, por serem profundos conhecedores do mercado e da tradição creditícia dos comerciantes locais, faziam-se intermediários úteis nas trocas comerciais e no desenvolvimento da economia do Império Romano, desempenhando um papel de essencial importância. Com a decadência do império romano, continuaram os *factors* a exercer suas funções.

Na idade média apareceu uma espécie de cooperativa com a finalidade de diluir os riscos entre os seus comerciantes associados e alcançar linhas de crédito.

Os comerciantes sempre souberam que a evolução de suas vendas esteve sempre ligada à existência das linhas de crédito que estavam obrigados a conceder a sua clientela.

O Factoring ou Fomento Mercantil surgiu no Brasil com a criação da ANFAC-ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS SOCIEDADES DE FOMENTO MERCANTIL - FACTORING, em 11 de fevereiro de 1982.

A consolidação de toda a doutrina do Factoring ocorreu com a Convenção Diplomática de Ottawa-maio/1988, da qual o Brasil participou. Veio então, a época dos grandes descobrimentos, em que, principalmente, Espanha, Holanda, Inglaterra, Veneza e Portugal lideravam o comércio internacional, com a conquista de seus longínquos territórios ultramarinos.

No caso particular de Portugal, estabeleceram-se em suas colônia as

factorias - empórios, armazéns de mercadorias, enfim, um centro polarizador entre a metrópole, as colônias e outros povos vizinhos.

Esse sistema apresentava características especiais nos Estados Unidos, ainda colônia inglesa onde os factors, não apenas administravam os estoques de produtos (principalmente têxteis e roupas) para os seus proprietários na Europa e os vendiam, mas também, garantiam o pagamento como agentes del credere. Por causa das grandes distâncias entre os centros consumidores dos Estados Unidos, os industriais locais, também, começaram a utilizar-se dos serviços dos factors, para expandir as suas vendas.

Na prática vigorava uma relação fiduciária entre os vendedores e os seus representantes comerciais, integrados no sentido de parceria.

A importância do comércio de produtos têxteis exportados pela Inglaterra para os Estados Unidos era tal que se tornou conhecido como cotton factor ou textile factor.

Com o tempo, os factors prosperaram, passaram a pagar a vista aos seus fornecedores o valor das vendas por estes efetuadas, antes mesmo de os compradores fazê-lo.

O factor, a par dos serviços prestados, substituiu o comprador, pagando a vista ao fornecedor, melhorando o padrão de crédito e efetuando a cobrança junto ao consumidor final daquela mercadoria.

Como as comunicações eram precárias, o produtor enviava, em consignação, seus bens para o agente mercantil, que deveriam ser vendidos pelo agente e despachados diretamente ao comprador final.

Os fornecedores ou vendedores daquelas mercadorias passaram a desfrutar uma situação confortável pela ação de seus agentes. Profundos conhecedores dos comerciantes locais e de toda a sua tradição creditícia, não admitiam mais perder os benefícios do serviço prestado pelo agente. Assim, surgiu no sentido moderno do factoring, ou seja, com a venda dos créditos oriundos da venda de bens, pelos produtores ou fornecedores, os factors adquiriam o direito de cobra-los, como seus legítimos proprietários. O factor, que no seu sentido primitivo prestava serviços de comercialização, distribuição e administração, agregou a função de fornecedor de recursos.

A etimologia do *factoring* é latina, em razão por que, em 1982, quando da fundação da ANFAC, traduziu-se a palavra para o português como Fomento Comercial, mais tarde adotou-se a expressão Fomento Mercantil.

*No Brasil, o Factoring teve início em 1982 juntamente com a criação da ANFAC – Associação Nacional de Factoring, presidida desde a sua origem pelo Sr. Luiz Lemos Leite, ex-diretor do Banco Central do Brasil e autodidata na temática de Factoring, que nos ensinou a quase totalidade da história do Factoring aqui relatada. Segundo os dados da Anfác, o setor movimentou recursos da ordem de 18 bilhões em 1997, atendendo cerca de 50.000 pequenas e médias empresas, garantindo a existência de 500 mil empregos diretos e indiretos.*

O ilustre jurista Ives Gandra da Silva Martins, em artigo publicado, entende que a operação de factoring não pode ser vista como uma simples transferência de créditos ou direitos ou, como uma alternativa para burlar normas de direito bancário ou do direito comercial.

Segundo o doutrinador, trata-se de operação complexa, composta de vários serviços, de forma que somente um contrato que inclua a realização de, no mínimo, dois serviços de forma contínua elencados pela Convenção de Ottawa, de maio de 1988, da qual o Brasil é signatário. Da mesma forma, com sapiência, Orlando Gomes afirma que factoring é o contrato por via do qual uma das partes cede a terceiro vários créditos provenientes de vendas mercantis, assumindo este risco de não recebê-los contra o pagamento de determinada comissão pelo cedente.

Outros autores, entre eles Bulgarelli, entendem como *venda do faturamento* de uma empresa à outra, que se incumbe de cobrá-lo, recebendo em pagamento uma comissão e cobrando juros quando antecipa recursos por conta dos recebimentos a serem feitos. Há, portanto, um elemento básico na operação, que é a cessão de créditos, mas poderá abranger outras funções, como a gestão de negócios e financiamento de recursos. Com a

mesma relevância e da mesma forma, entende Fran Martins que *factoring* ou *faturização* é o contrato em que um comerciante cede a outro os créditos, na totalidade ou em parte, de suas vendas a terceiros, recebendo o primeiro do segundo o montante desses créditos, mediante o pagamento de uma remuneração.

Pelo Direito comparado, encontram-se conceitos amplos, abrangendo diversas atividades, como o do autor espanhol Roca Guillamón, citado por Deilton Ribeiro Brasil, na qual *factoring* é uma atividade de cooperação empresarial que tem por objetivo, para o fator a aquisição, em definitivo, junto aos produtores de bens ou prestadores de serviço, dos créditos de que sejam titulares contra seus clientes ou compradores, garantindo sua satisfação e prestando serviços complementares de contabilidade, estudo de mercado, investigação de clientela, etc., em troca de uma redistribuição a que pode agregar-se, ainda, uma possibilidade de financiamento, mediante antecipação do pagamento com o recebimento de alguma retribuição.

Quanto às modalidades do *factoring* praticadas no Brasil, podemos mencionar as seguintes:

a) *Convencional* – ou “*conventional factoring*” é a compra de direitos creditórios ou ativos, representativos de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços mediante notificação feita pelo vendedor (endossante-cedente) ao comprador (sacado-devedor). Não há antecipação ou adiantamento de recursos. O pagamento é feito à vista pela sociedade de fomento mercantil.

b) *Trustee* – produto idealizado em 1988 pela ANFAC e genuinamente integrado na filosofia do *factoring*. Trata-se da gestão financeira e de negócios da empresa-cliente, que passa a trabalhar com caixa *zero*, otimizando sua capacidade financeira.

c) *Exportação* – serve para comercializar no exterior bens produzidos por empresa-cliente do *factoring*. Largamente utilizado na Europa e no Extremo Oriente.

d) *Compra de matéria-prima* – a empresa de *factoring* faz a intermediação da compra de matéria para seu cliente, negociando diretamente com o fornecedor, visando a obter melhor preço de compra.

Já o *maturity* factoring, ainda não praticado no Brasil, diferencia-se do *convencional*, porque os títulos de crédito são remetidos pela empresa-cliente à sociedade de fomento mercantil e por esta liquidados no vencimento ou, nas palavras do mestre Fran Martins, “*faturização no vencimento*”. No factoring *convencional*, ou tradicional ou *old line* factoring as faturas representativas dos títulos de créditos são liquidadas antes do vencimento das mesmas, e por isso, muito próximo do desconto *bancário*. Os recursos são adiantados pela empresa faturizadora, ficando ela, conseqüentemente, com os títulos.

A doutrina acrescenta ainda o “*collection type factoring agreement*”, ou seja, paga-se ao cliente após o recebimento da fatura. Aqui o *factor* atua simplesmente como cobrador dos títulos do faturizado. Ainda para consignar, que Fran Martins propôs a divisão do factoring em “interno” e “externo”. A *faturização interna* seria aquela em que as operações seriam realizadas dentro do mesmo país ou dentro de uma região. Se a faturização se relacionar com operações a serem realizadas fora do país, como em operações de importação e exportação, dar-se-ia a esse tipo o nome de *faturização exterior*.

Importante atualmente ainda acrescentar que o contrato de *factoring* não se resume a cessão de crédito apenas, conforme foi visto anteriormente. Comparando o instituto em relação ao desconto bancário, a diferença está na inexistência do direito de regresso no *factoring*.

O jurista Orlando Gomes defende a ideia de um contrato bancário atípico que reúne prestações da cessão de crédito e do mandato e da locação de serviços, distinguindo-se do *desconto* porque é uma cessão de crédito sem direito de regresso contra o cedente. Os fundamentos são o mesmo para ambos: a cessão de créditos e o recebimento do valor nele expresso, diminuída a comissão, maior no caso do *factoring* pois envolve risco. A jurisprudência tem decidido no mesmo compasso:

“A operação de *factoring*, face a elevada comissão cobrada pelo faturizador, distingue-se da operação bancária de desconto de títulos, razão pela qual o faturizador assume o risco pelo não



pagamento pelo devedor dos títulos negociados. Duplicata emitida sem a entrega da mercadoria ou sem a prestação de serviços não podia ser protestada contra o devedor, porque viola todos os princípios da lei cambiária, sendo irregular. Apelo desprovido" (TARCS, Apel. 196111561, 7ª Câmara Cível, Juiz Relator Vicente Barroco de Vasconcelos, 13.11.1996).

A proximidade com o instituto do desconto bancário também é evidente na doutrina comparada, pois conforme Rodière, autor francês frequentemente citado pelos doutrinadores pátrios, entende o *factoring* como técnica financeira e de gestão comercial, sob a ótica dos contratos e operações bancárias.

Assim, a natureza jurídica do fomento mercantil é levemente controvertida devido à falta de legislação específica, no Brasil e no exterior. Portanto, entendemos que o contrato ou a operação de *factoring* é atípica, visto que a existência de um conceito legal não basta para tipificá-lo, pois exige-se uma regulamentação consolidada para tal fim, o que atualmente não há. ♦

# Fomento Mercantil (*factoring*)

**Rudi Baldi Loewenkron<sup>1</sup>**

Fran Martins conceituou a atividade de fomento mercantil da seguinte forma:

“O contrato de *faturização* ou *factoring* é aquele em que um comerciante cede a outro os créditos, na totalidade ou em parte, de suas vendas a terceiros, recebendo o primeiro do segundo o montante desses créditos, mediante o pagamento de uma remuneração”.

Tal conceituação evoluiu, encontrando atualmente previsão no próprio Ordenamento Jurídico Positivado.

Neste sentido, a atividade de fomento mercantil é prevista na alínea “d” do Inciso III do § 1º do art. 15 da Lei nº 9.249/95 nos seguintes termos:

“prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (*factoring*).

A palavra *Factoring* mundialmente conhecida, a partir do século XVII, não encontra tradução precisa em português. A palavra tem origem inglesa e contém o radical “factor” que seria o agente fazedor de negócios.

A finalidade do *Factoring* está ligada à necessidade de reposição do

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito da 34ª Vara Criminal - Capital.

capital de giro da pequena e da média empresa.

O fator de compra oscila na mesma proporção do risco do crédito cedido.

O *Factoring* se diferencia do sistema bancário, dentro de seus novos e modernos conceitos, pelas suas características básicas.

O *Factoring* é uma atividade de fomento comercial, desenvolvida por empresas independentes e autônomas, caracterizada sobretudo por: aquisição de ativos (contas a receber) de micros e pequenas empresas, mediante um preço à vista, sem riscos de inadimplimento ao cedente dos créditos transferidos, sem direito de regresso contra a empresa cedente.

Há, contudo, abalizadas opiniões em contrário que admitem o direito de regresso contra a empresa cedente.

Neste sentido, entende o Des. Marco Aurélio Bezerra de Melo que o contrato de *factoring* tem natureza jurídica atípica com similitudes com a cessão de crédito inter vivos de caráter oneroso e com o desconto bancário, sendo este último um contrato típico de instituições financeiras que admite o direito de regresso do banco contra a empresa cedente por envolver uma cessão *pro solvendo* de crédito.

Prossegue seu raciocínio, destacando que o art. 425 do Código Civil estabelece a licitude dos contratos atípicos, observados os Princípios Gerais de Direito e a boa-fé objetiva. Assim, pela atipicidade do contrato e diante de expressa previsão contratual, não vê o Palestrante qualquer óbice legal à estipulação contratual do direito de regresso contra a empresa cedente que, de outra sorte, encontraria amparo nos arts. 296 e 914 do Código Civil.

Contudo, para a maioria da doutrina e da jurisprudência, não é possível o estabelecimento do direito de regresso nos contratos de fomento mercantil sem a desnaturação do negócio jurídico, que seria em essência uma atividade de risco. Para tal corrente, o direito de regresso seria uma característica típica do contrato de desconto bancário.

Evidentemente que, se não houver a possibilidade de regresso contra a empresa cedente, o risco envolvido na atividade será maior. Se houver tal possibilidade, embora menor o risco, o mesmo não desaparecerá diante da possibilidade de insolvência também da empresa cedente.

O cedente no entanto responde de qualquer forma pela existência do crédito, mas não pela solvência do devedor, dependendo do entendimento adotado.

Classifica o Des. Marco Aurélio Bezerra de Melo o contrato de *factoring* como consensual, oneroso, paritário ou de adesão, comutativo com certa carga de aleatoriedade ligada a solvência do devedor cedido e bilateral. A última característica se explicaria pela possibilidade de cessão do direito creditício independentemente do consentimento do devedor cedido.

Há, porém, a necessidade da notificação do devedor do direito creditício cedido, para que o mesmo tenha ciência de quem é o credor daquela obrigação. Se, porventura, não tiver ocorrido tal notificação e vier o devedor a pagar a obrigação ao credor anterior que a recebe, nada obstante tenha cedido o direito creditício respectivo, evidentemente ficará o devedor desobrigado da obrigação sem a necessidade de repetir o pagamento ao cessionário do direito creditício que terá evidentemente, contra o endossante do crédito, direito subjetivo à reparação dos danos materiais e morais acarretados pelo recebimento indevido da obrigação.

A Jurisprudência controverte sobre a possibilidade de se exigir garantia real ou fidejussória nos contratos de compra de ativos, havendo quem a admite e quem negue tal possibilidade.

Trata-se o *Factoring*, em essência, de uma cessão *pro soluto* de direito creditício. O dinheiro decorrente da venda do direito creditício vem como insumo da atividade do endossante.

O fomento mercantil é atividade autorregulada.

A atividade do fomento mercantil ou *Factoring* ainda não conta com legislação específica que a regule, embora haja diversos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional.

Por isto, é de fato premente a necessidade de esforços voltados para a construção de um marco regulatório com base nas experiências hauridas no mercado, destinado a manter a estabilidade institucional e a segurança jurídico-operacional com todas as medidas cabíveis para evitar conflitos de interesses e garantir o nível de profissionalismo da atividade.

Sem dúvida, o maior desafio da história do *factoring* no Brasil foi a

edição da Circular nº 703, baixada pelo Banco Central em 16 de junho de 1982, praticamente proibindo a atividade no País.

O Tribunal Federal de Recursos, em 1986, encerrou o processo em que se discutia a legalidade da Circular nº 703 do Banco Central, nestes termos:

“Não pode o Banco Central do Brasil interferir nas funções de registro comercial, reguladas pela Lei nº 4.726/65. Estas funções competem às Juntas Comerciais, sob supervisão e orientação técnica do Departamento Nacional do Registro do Comércio. Não há confundir o registro comercial de firmas como seu funcionamento. Controle e fiscalização deste, quando implique atividades financeiras, é que cabe ao Banco Central.” (novembro/2006)

Só em 30 de setembro de 1988, a Diretoria do Banco Central com a edição da Circular nº 1359 revogou de direito a Circular nº 703 e mudou sua posição, enfatizando contudo que a atividade de *factoring* não podia ser confundida com atividade de instituição financeira definida na Lei nº 4.595/64 nem a ela se assimilar.

Com base nessas decisões, restou clara a conceituação do fomento mercantil – *factoring* como atividade cujos fundamentos são regidos basicamente pelos princípios do direito mercantil e em normas existentes em nosso País, dentre as quais:

a) Instrução Normativa nº 16, de 10/12/1986, do DNRC dispensa a aprovação prévia do Banco Central para o arquivamento de atos constitutivos de empresas de fomento mercantil;

b) Circular nº 1.359, de 30/09/1988, do Banco Central do Brasil, revoga a Circular nº 703, de 16/06/1982, e reconhece ser o fomento mercantil-*factoring* atividade comercial mista atípica que consiste na prestação de serviços conjugada com a aquisição de direitos creditórios ou créditos mercantis;

c) Resolução 2.144, de 22/02/1995, do Conselho Monetário Na-

cional, com base no art. 28 da Lei nº 8.981, de 25/01/1995, reconhece definitivamente a tipicidade jurídica própria e delimita nitidamente a área de atuação da sociedade de fomento mercantil que não pode ser confundida com a das instituições financeiras, autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil que têm por objeto a coleta, intermediação e aplicação de recursos de terceiros no mercado (Art. 17 da Lei nº 4.594 de 31/12/1964 e Arts. 1º e 16 da Lei nº 7.492/1986);

d) Circular 2.715 de 28/08/1996, do Banco Central do Brasil, permite às instituições financeiras a realização de operações de crédito com empresas de fomento mercantil;

Em dezembro de 1987, a sessão plenária do Conselho do UNIDROIT, composto de 33 membros de vários países, inclusive juristas, empresários e representantes de associações profissionais, aprovou as conclusões do relatório final elaborado assim como a minuta de um contrato para transações internacionais de *factoring*, que seria objeto de grande assembleia que foi proposta para realizar-se em Ottawa, capital do Canadá, em maio de 1988.

Após 14 anos de estudos, de 1974 a 1988, dentre as conclusões alcançadas, convém destacar aquela que estabelece que a operação de *factoring* deve ter como característica a continuidade e a conjugação de alguns desses serviços ou atividades:

I- prestação de serviços a pequenas e médias empresas do setor produtivo, a saber: a) acompanhamento comercial e das contas a receber e a pagar; b) exame da situação creditícia da empresa compradora dos produtos; c) seleção e avaliação dos fornecedores; d) cobrança; e) outros serviços;

II- suprimento de recursos: a empresa-cliente poderá ceder, no todo ou em parte, à empresa de *factoring* direitos (créditos) decorrentes de contratos de venda de seus produtos (venda mercantil), excluídas as transações de consumo.

III- proteção contra a falta de pagamento pelos credores.

Deve-se destacar que o documento final dessa convenção é extremamente importante, ainda que se ocupe de comércio internacional, porque

trouxe elementos e considerações oportunos e compatíveis com a realidade do *factoring* doméstico.

O Dr. Luiz Lemos Leite classifica o contrato de fomento mercantil como um contrato atípico misto, de natureza sinalagmática consensual, comutativa, onerosa e *intuitu personae*.

Entre o rígido instituto civil da cessão de crédito e as normas flexíveis do direito cambiário que possibilitam a transferência segura e ágil de títulos de crédito mediante a ação depuradora do endosso, há o contrato de fomento mercantil que obedece normas do nosso ordenamento jurídico e que não se confunde com outros contratos, sobretudo no mercado financeiro.

Entende o Dr. Luiz Lemos Leite que o contrato de fomento mercantil é um contrato atípico ou inominado, que contém elementos de várias figuras contratuais e se constitui em ato jurídico perfeito, com objeto lícito, agente capaz, de forma prescrita e não defesa em lei, de acordo com o Art. 425 do Código Civil.

São partes do contrato: a) empresa contratante endossante – cliente; b) empresa contratada endossatária – empresa de fomento mercantil; c) eventuais responsáveis solidários.

De acordo com o art. 481 do Código Civil, no contrato de fomento mercantil se consolidam os pressupostos de existência de um negócio jurídico bilateral de uma transação mercantil de venda e compra à vista, celebrado entre duas empresas inseridas na cadeia produtiva: uma vendedora (a empresa-cliente contratante) e a outra compradora (contratada), a empresa de fomento mercantil.

Há essencialmente uma relação de produção, e não de consumo, em que se agregam, de ambas as partes, valores à economia, ou seja, há circulação e geração de riqueza e de bens. Do ponto de vista econômico, uma relação recíproca de produção, em que o bem transacionado se destina para revenda e obtenção de lucro.

O fomento é uma atividade dicotômica exercida regularmente entre duas empresas e tem por finalidade precípua oferecer serviços de suporte e apoio gerencial e, ao mesmo tempo, comprar direitos creditórios, origi-

nados do faturamento das vendas mercantis efetuadas por suas empresas-clientes, que constituem bens móveis corporificados em títulos de crédito – recebíveis.

Esses bens móveis constituem a mercadoria das empresas de fomento mercantil. A empresa cliente vende à vista o bem móvel, representado pelo título de crédito e a empresa de fomento mercantil os compra à vista, em dinheiro – caixa. É portanto uma compra e venda à vista em que há o objeto, a coisa e o preço. Não sendo uma operação de crédito, não cabe a cobrança de juros.

Essa transferência de titularidade se opera mediante o endosso translativo sendo responsável pelo seu pagamento o sacado devedor. A empresa endossante não pagará a obrigação corporificada no título no vencimento, mas sim o sacado que é o devedor da operação. O contrato-mãe regula os direitos e obrigações das partes. No dia-a-dia usa-se o termo aditivo ao contrato-mãe, em que consta o borderô e os demais elementos da operação.

A atividade do fomento mercantil se insere dentre as contempladas pelos arts. 67 e 84 da Lei de Falências como extraconcursal, o que lhe confere o direito de recuperar antes dos credores concursais os aportes financeiros realizados durante a recuperação judicial de uma empresa, em caso de insucesso da mesma e de conversão em falência.

O objetivo da norma legal é estimular e atrair investimentos, barateando o crédito e capitalizando a empresa que, assim, terá maiores chances de se recuperar e pagar os demais credores.

Segundo entendimento do Min. Luis Felipe Salomão, o contrato de fomento mercantil seria caracterizado por ser aleatório, facultativo, oneroso, consensual, bilateral, não formal, nominado, comutativo, adesivo, não envolvendo relação de consumo e não admitindo, *em regra*, o direito de regresso contra o cedente do crédito.

Entende portanto o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, interpretando o art. 296 do Código Civil que, em regra, não há o direito de regresso frente ao cedente (a transferência do crédito ocorre *pro soluto* valendo como pagamento) e qualquer cláusula em contrário seria nula.

No que concerne à responsabilidade civil entre cedente e cessioná-



rio, entende-se que o cedente responde em regra pela existência do crédito ao tempo da cessão, o qual deveria ter origem lícita, representar uma efetiva venda ou prestação de serviço (duplicata ou cheque), não estar prescrito, não ter suspensa sua exigibilidade e, finalmente, não haver pendência de condição para o cumprimento da obrigação respectiva.

O STJ, ao julgar o REsp 992421/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 21/08/2008, DJe 12/12/2008, entendeu que:

“1- O contrato de *factoring* convencional é aquele que encerra a seguinte operação: a empresa-cliente transfere, mediante uma venda cujo pagamento dá-se à vista, para a empresa especializada em fomento mercantil, os créditos derivados do exercício da sua atividade empresarial na relação comercial com a sua própria clientela – os sacados, que são os devedores na transação mercantil; 2- Nada obstante os títulos vendidos serem endossados à compradora, não há por que falar em direito de regresso contra o cedente em razão do seguinte: (a) a transferência do título é definitiva, uma vez que feita sob o lastro da compra e venda de bem mobiliário, exonerando-se o endossante/cedente de responder pela satisfação do crédito; (b) o risco assumido pelo faturizador é inerente à atividade por ele desenvolvida, ressalvada a hipótese de ajustes diversos no contrato firmado entre as partes.”

Já no julgamento do REsp 820672/DF, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 06/03/2008, DJe 01/04/2008, o entendimento foi diverso, a saber: “Salvo estipulação em contrário expressa na cártula, a endossante-faturizada garante o pagamento do cheque à endossatária-faturizadora (Lei do Cheque, Art. 21)”

A mesma Corte, ao julgar o REsp 1048341/RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 10/02/2009, DJe 09/03/2009 entendeu que “as empresas de *factoring* não se enquadram

no conceito de instituições financeiras, e por isso os juros remuneratórios estão limitados em 12% ao ano, nos termos da Lei de Usura.”

Outro julgamento interessante proferido pelo STJ se deu no REsp 434433/MG, Rel Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 25/03/2003, DJ 23/06/2003, p. 378 onde se entendeu que

“A autonomia do cheque não é absoluta, permitida, em certas circunstâncias especiais, como a prática de ilícito pelo vendedor de mercadoria não entregue, após fraude notória na praça, a investigação da causa subjacente e o esvaziamento do título pré-datado em poder de empresa de *factoring*, que o recebeu por endosso.”

Finalmente, no julgamento do REsp 43914/RS, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 28/11/1995, DJ 04/03/1996, p. 5402, entendeu o STJ que “frustrada a expectativa do cessionário de títulos, por força do contrato de *factoring*, de receber o respectivo valor, por ato imputável ao cedente, fica este responsável pelo pagamento.”

Como se percebe, a jurisprudência ainda é bastante dissonante quanto ao tema do fomento mercantil, especialmente no que se refere as obrigações, direitos e responsabilidades jurídicas nele envolvidas, o que reafirma a necessidade de um diploma legal que estabeleça claramente seus parâmetros e efeitos para as partes e terceiros interessados. ◆

# Algumas peculiaridades do contrato de fomento mercantil (*factoring*)

Viviane Tovar de Mattos Abrahão<sup>1</sup>

A atividade de fomento mercantil, também conhecida como *factoring*, tem sido empregada com a conotação de venda do faturamento de uma empresa: há, no *factoring*, a figura da cessão do crédito.

Esse conceito nos dá uma boa ideia do instituto, mas não esgota as suas possibilidades. Diz-se que seria uma cessão de crédito onerosa, mas tal descrição é insuficiente, vez que a cessão de crédito não abarca todas as facetas da operação de *factoring*. Na verdade, o que temos é um contrato atípico.

A melhor definição de fomento mercantil em nossa legislação encontra-se no art. 15, § 1º, da Lei nº 9.249/95 quando expressa que *factoring* é uma prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia.

A finalidade precípua do instituto está ligada à necessidade de reposição do capital de giro de pequenas e médias empresas, mediante substituição de ativos realizáveis por ativos disponíveis.

Sob o ponto de vista da prática, as empresas de *factoring* são muito importantes para o desenvolvimento econômico do país. Por outro lado, é preciso um mínimo de estabilidade econômica e jurídica, eis que o risco é um dos elementos básicos do negócio, o qual implica a compra de crédito de alguém.

Sendo um contrato atípico, é pertinente a aplicação do artigo 425 do CC, de forma que o *factoring* é aquilo que constar no contrato, observando-se sempre as regras previstas no Código Civil, quando tratam da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

<sup>1</sup> Juíza de Direito da 7ª Vara Cível de Duque de Caxias.

Em síntese, trata-se de um contrato consensual, oneroso, comutativo, paritário, que também pode ser de adesão.

O *factoring* envolve, portanto, a prestação de serviços, os mais variados e abrangentes, em base contínua, conjugada com a aquisição de créditos de empresas, (somente pessoas jurídicas), resultantes de suas vendas mercantis, ou de prestação de serviços, realizadas a prazo. Essa definição, aprovada na Convenção Diplomática de Ottawa, em maio de 1988, da qual participou o Brasil com mais 52 Nações, consta do Art. 28 da Lei 8.981/95.

As sociedades que realizam fomento mercantil são sociedades mercantis, registradas e arquivadas nas Juntas Comerciais.<sup>2</sup>

O *Factoring* inicia-se com a assinatura de um Contrato de Fomento Mercantil, também chamado de contrato-mãe, contrato principal, contrato guarda-chuva, etc. entre a empresa e a *Factoring*.

No que concerne aos sujeitos da relação contratual, vale destacar o entendimento de Fran Martins (Ed. Forense. (2001 p. 476): “O contrato de faturização tem como elementos pessoais o faturizador (factor) e o vendedor, também chamado aderente ou faturizado. A essas pessoas se junta uma terceira, que é o comprador do vendedor, dando-se a essas os nomes de comprador, cliente ou devedor. O contrato se faz entre o faturizador e o faturizado ou vendedor, sendo necessário o comprador apenas porque são os créditos que o vendedor tem contra ele que vão ser cedidos ao faturizador. Tanto faturizador, como vendedor, devem ser comerciantes.

A operação de *factoring* funciona assim: um pequena ou média empresa vende seu bem, crédito ou serviço a prazo, gerando um crédito. Posteriormente, ela negocia este crédito com a *Factoring*, transformando seus ativos disponíveis em ativos realizáveis. A empresa de fomento mercantil então informa o sacado acerca do fato e da forma de cobrança (carteira ou banco). Ao término do prazo negociado inicialmente, a empresa sacada pagará o valor deste crédito à *Factoring*, encerrando a operação.

A grande questão que se põe diz respeito ao direito de regresso, pois

---

2 Conforme Cartilha da Anfac

considerando que, no bojo do contrato de *factoring*, existe uma cessão de crédito, resta saber se o faturizado deve responder pelos créditos “cedidos” ao faturizador.

Considerando a celeuma existente sobre o tema, verifica-se que cada vez mais, as empresas de *factoring* escolherem cuidadosamente os créditos que adquirem.

Há que se observar que a regra é a de que, no caso de cessão de crédito comum, o cedente não responde pela solvência do crédito, salvo estipulação em contrário.

No caso do contrato de *factoring*, o posicionamento clássico é no sentido de que o faturizador responde pelo crédito, garantindo o recebimento do valor faturizado. Nessa linha de raciocínio, em virtude da aceitação do risco pelo faturizador, só se responsabilizaria o faturizado, nas hipóteses de irregularidades inerentes ao próprio crédito; ou seja, quando presente algum vício do negócio ou do título. Sendo assim, a assunção do risco pelo faturizador ficaria limitada à esfera normal do negócio jurídico que motivou a emissão do título faturizado.

Há quem sustente ser possível se estabelecer no contrato de *factoring* uma cláusula em que o faturizado responda pela solvência do título.

Assim, entendem que o contrato de *factoring* pode ser *pro soluto* ou *pro solvendo*. Neste último caso, a responsabilidade é subsidiária, estabelecida entre a empresa-cliente (vendedora) e o seu cliente (comprador saca-do-devedor). Se o fomento mercantil constitui venda e compra de créditos mercantis, defendem os seguidores desta corrente que nada impede que a empresa cliente responda pela solvência do devedor, desde que haja cláusula contratual nesse sentido, mas o endossatário teria direito de regresso.

Esta, contudo, não é a posição do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que entende pela impossibilidade do direito de regresso, mesmo nos casos em que haja previsão contratual, vejamos:

“0002164-33.2000.8.19.0001 - APELAÇÃO - 1ª Ementa - DES. RENATA COTTA - Julgamento: 31/08/2011 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL - RECURSOS DE APELAÇÃO.

EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. EMPRESA DE *FACTORING*. CONTRATO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA VINCULADO A NOTA PROMISSÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. TÍTULOS NÃO REPRESENTATIVOS DE DÉBITO. EMISSÃO NO ÂMBITO DA ATIVIDADE DE *FACTORING*. AUSÊNCIA DE LIQUIDEZ E CERTEZA DA COBRANCA. Mérito. O factoring é um negócio jurídico de duração, por meio do qual uma das partes, a empresa de factoring (o faturizador ou factor) adquire créditos que a outra parte (o faturizado) tem com seus respectivos clientes, adiantando as importâncias e encarregando-se das cobranças, assumindo o risco de possível insolvência dos respectivos devedores. Na prática, a empresa de factoring antecipa numerário ao faturizado, mediante desconto sobre o valor do título cedido, ficando com o direito de receber os valores no vencimento. Diante da natureza do contrato de factoring, não há direito de regresso contra o empresário que cede os créditos, razão pela qual a empresa de factoring; ou seja, o factor assume os riscos da cobrança e, eventualmente, da insolvência do devedor, recebendo remuneração ou comissão, ou fazendo a compra dos créditos, com redução em relação ao valor desses. Com efeito, o faturizador não pode se insurgir contra o cedente do crédito, exigindo-lhe qualquer forma de garantia, salvo se houver vício na formação do título: o crédito deve ser legítimo. A assunção dos riscos, por parte do faturizador, é, portanto, fundamental para caracterizar o contrato de fomento mercantil. Na hipótese dos autos, o contrato que fundamenta a execução é nulo, porquanto restou comprovado que a confissão de dívida decorre de contrato de factoring entre as partes. Não pode o faturizador obrigar o faturizado a assinar nota promissória em garantia ao contrato firmado, visto que o crédito cedido é de titularidade de terceiros e não do faturizado, o que afasta a

abstração do título e conseqüentemente a sua possibilidade de embasar a execução. É vedada a garantia de regresso nos contratos de factoring, salvo a exceção das hipóteses de ilegalidade dos títulos de crédito cedidos, o que não é o caso dos autos. Nesse sentido, certo é que a nota promissória em que se funda a execução teve sua origem em um contrato de factoring, constituindo, em verdade, garantia de regresso no contrato, o que não se admite. Precedentes do E.STJ. Honorários advocatícios. Os honorários sucumbenciais são aqueles que decorrem diretamente do sucesso que o trabalho levado a efeito pelo advogado proporcionou ao seu cliente em juízo, sendo fixados de acordo com a regra definida no art. 20, do CPC. Conforme dispõe o art. 20, § 4º, do CPC, nas execuções, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, que levará em conta o grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Nesse passo, em obediência aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, majora-se o valor a título de honorários advocatícios para R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), que corresponde ao percentual de 10% sobre o valor da causa, considerando a complexidade da matéria e o tempo que perdurou a ação. Recurso dos executados, provido. Recurso do exequente, INTERAME-RICA FACTORING, desprovido”.

“0239975-62.2008.8.19.0001 (2009.001.69782) - APELAÇÃO - 1ª Ementa - DES. MARIO ASSIS GONCALVES - Julgamento: 27/04/2010 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL - Embargos à execução. Contrato de fomento mercantil (factoring). Nota promissória. Garantia de recebimento dos créditos. Impossibilidade. Precedentes do STJ. Embora não regulamentado em legislação específica, o contrato de factoring é, por muitos, considerado um contrato atípico e se ca-

racteriza, grosso modo, pela cessão dos direitos de crédito do faturizado ao faturizador. Distingue-se da operação bancária de desconto de títulos, já que o faturizador assume o risco pelo não pagamento pelo devedor dos títulos negociados, ao contrário do que se dá naquela operação, recebendo, para tanto, uma comissão. Assim, com exceção das hipóteses de ilegalidade dos títulos de crédito cedidos, são vedadas as garantias de regresso nos contratos de factoring, sendo da essência do contrato a responsabilidade do faturizador pelos riscos da impontualidade e da insolvência do devedor (sacado). Na hipótese dos autos, verifica-se que a nota promissória sob que se funda a execução teve sua origem em um contrato de factoring celebrado entre a empresa apelante e os apelados, conforme cláusula 3.4.2 do aditivo contratual acostado às fls. 42, constituindo, na verdade, garantia de regresso no contrato, o que não se admite. Recurso ao qual se nega seguimento”.

Entende-se, contudo, que, no caso de a empresa-cliente receber cheques fraudados e os repassar em operação de factoring, a mesma se sujeitará ao direito de regresso, eis que o título apresenta um vício. Conclui-se, portanto, que o cedente, no caso empresa-cliente, não responde pela solvência do devedor, mas pela existência do crédito.

Tem-se então que o contrato de factoring é extremamente importante para garantir a fluidez da economia, eis que garante maior capital de giro às pequenas e médias empresas. ◆

### **Bibliografia:**

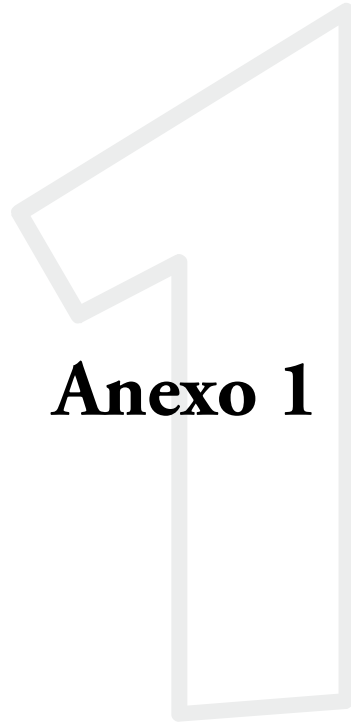
COELHO, Fábio Ulhoa – **Manual de Direito Comercial** – Editora Saraiva – 2004.

MARTINS, Fran – **Direito Comercial** – Editora Forense – 2001.





**EMERJ**



# **Anexo 1**



**EMERJ**

## Programação do Curso

# “II Fórum Jurídico de Fomento Mercantil”

Dia – 07 de outubro de 2011

**Das 9h30min às 10h**

**Credenciamento e Welcome Coffee**

**Das 10h às 11h**

**Tema:**

“Arcabolo Jurídico do Fomento Mercantil e o Projeto de Lei Factoring”

**Palestrante:**

Dr. Luis Lemos Leite

*(ex-Diretor do Banco Central e Presidente da ANFAC)*

**Das 11h às 11h30min**

**Coffee-Break**

**Das 11h30min às 12h30min**

**Tema:**

“A Execução de Títulos Extrajudiciais no Novo CPC”

**Palestrante:**

Desembargador Alexandre Câmara

**Das 12h30min às 14h**

**Intervalo para Almoço**

**Das 14h às 15h****Tema:**

“Legibilidade da Cláusula de Regresso no Contrato de Factoring” ou outro tema relacionado a atividade

**Palestrante:**

Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo

**Das 15h às 16h****Tema:**

“Os Estímulos da Lei de Recuperação Judicial”

**Palestrante:**

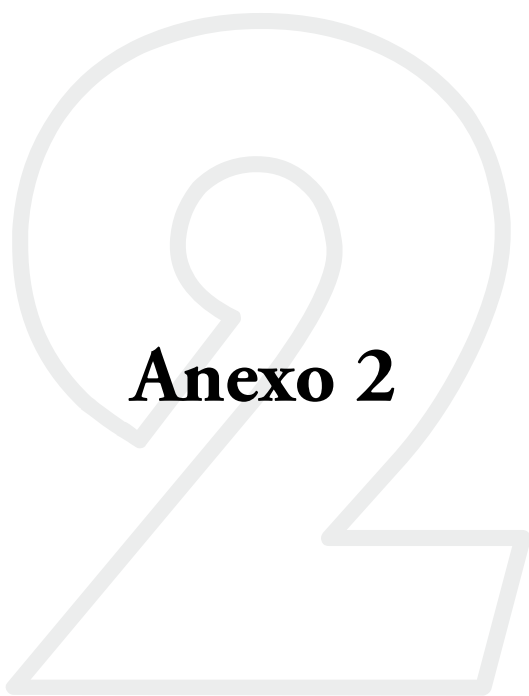
Dr. Luiz Roberto Ayoub- TJ/RJ

**Das 16h às 16h30min****Coffee-Break****Das 16h30min às 17h30min****Tema:**

“Fomento Mercantil e a Jurisprudência do STJ”

**Palestrante:**

Ministro Luis Felipe Salomão



**Anexo 2**



**EMERJ**



**PROCESSO Nº 2011259**

**PARECER Nº 2011259–0012011**

**INTERESSADA:** Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

**CURSO:** Curso Jurídico de Fomento Mercantil

Senhora Coordenadora de Ensino,

### **I – Relatório**

A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ encaminha à Enfam, através do SISFAM, em 26 de agosto de 2011, para fins de credenciamento, o projeto do curso denominado “**Curso Jurídico de Fomento Mercantil**”, na modalidade presencial, com oferta de 100 (cem) vagas e carga horária de 10 (dez) horas-aula.

O curso realizar-se-á no dia 07 de outubro de 2011.

Justificando a necessidade do curso, a Escola afirma que pretende proporcionar aos magistrados atualização e compreensão da atividade de fomento mercantil, pródiga em conflitos sobre a matéria empresarial, mediante o aprofundamento de valores, princípios e compromissos que estão postos pelo contemporâneo sistema jurídico nacional e internacional.

A EMERJ informa que o curso objetiva, de uma forma geral, analisar e interpretar as normas relativas ao Código Civil (cessão de crédito, cláusula pro solvendo e pro soluto, limites da autonomia da vontade nos contratos), tendências do Processo Civil (Livro II - Processo de Execução no Projeto de Código de Processo Civil) e Empresarial (Direito Cambial e Recuperação Judicial), onde, frequentemente, germinam questões que envolvem a atividade de Fomento Mercantil, inclusive abordando tendências dos tribunais.

Especificamente, pretende a Escola apresentar aos magistrados as consequências que a eventual aprovação do novo código de processo civil pode trazer para a execução por títulos extrajudiciais.



Quanto à abordagem pedagógica, o curso desenvolver-se-á por meio de um trabalho interativo, com aulas expositivo-dialogadas, voltadas para o desenvolvimento de habilidades e competências atinentes à profissão da clientela-alvo, no âmbito do cotidiano forense. Nesse viés, o trabalho pedagógico assumirá, com o foco escolhido, uma formação baseada na interação entre teoria e prática, desde o início do curso, com vistas ao aprimoramento de magistrados já experientes, buscando desta forma, instrumentalizá-los para as decisões adequadas e pertinentes ao tema proposto.

A avaliação dos cursistas está condicionada aos seguintes critérios: relacionamento interpessoal, pontualidade, interesse, postura, participação nas atividades presenciais da classe, além de frequência mínima de 75% (setenta e cinco por cento) das aulas do curso na modalidade presencial; essa aferição é feita mediante lista de presença. Deverá o cursista apresentar, findo o curso, no prazo de 10 (dez) dias, um texto de 5 a 8 laudas, em que aplicará a um caso concreto o conhecimento ministrado no curso; a esse trabalho será atribuído conceito muito bom, bom, regular ou insuficiente, segundo avaliação a cargo do coordenador do curso. No intuito de uniformizar os trabalhos acadêmicos a Escola da Magistratura do Rio de Janeiro padronizou a formatação dos mesmos, seguindo as normas da ABNT.

A avaliação do curso será feita pelos cursistas, através do preenchimento de folha própria de avaliação, conforme escala de valores para cada quesito, alinhada às diretrizes da ENFAM, tais como: avaliação dos professores, avaliação dos temas apresentados, carga horária, qualidade do material de apoio e integração dos participantes durante o curso.

O conteúdo programático está assim esquematizado:

<b>TEMA</b>
<b>EXECUÇÃO DE TÍTULOS EXTRAJUDICIAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL</b> <b>2 HORAS/AULA</b>
<b>EMENTA</b>
Visão sobre mudanças propostas ao Processo de Execução, em especial na Execução de Títulos Extrajudiciais e em disposições correlatas.
<b>CONTEÚDO PROGRAMÁTICO</b>
Exame das principais proposições contidas no projeto do novo código de processo civil acerca da execução de títulos extrajudiciais.

<b>TEMA</b>
<b>DIREITO CIVIL – CESSÃO DE CRÉDITO - CONTRATOS 2 HORAS/AULA</b>
<b>EMENTA</b>
Arcabouço Jurídico do Fomento Mercantil e o Projeto de Lei de Factoring.
<b>CONTEÚDO PROGRAMÁTICO</b>
Histórico do nascimento da atividade. Convenção de Ottawa. Sua evolução no Brasil. COAF Res.n.º. 13/2005. Perspectivas do Projeto de Lei n.º.3615/2000 "Lei do Factoring". Direitos Creditórios. Mudança na prática de Contrato inominado para Contrato Típico.

<b>TEMA</b>
<b>OS ESTÍMULOS DA LEI DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL 2 HORAS/AULA</b>
<b>EMENTA</b>
Panorama Geral da Nova Legislação. Interseção com outras áreas do conhecimento. Os estímulos da lei. O tratamento do credor extraconcursal. A eliminação da sucessão fiscal e trabalhista.
<b>CONTEÚDO PROGRAMÁTICO</b>
As inovações da nova legislação. A novação legal. Os estímulos da lei.

<b>TEMA</b>
<b>TÍTULOS DE CRÉDITO 2 HORAS/AULA</b>
<b>EMENTA</b>
A Cláusula de Regresso no Contrato de Factoring.
<b>CONTEÚDO PROGRAMÁTICO</b>
A liberdade em contratar. A observância da autonomia da vontade (Código Civil, art.421); A autorização legal expressa da cláusula <i>pro solvendo</i> na cessão de crédito delineada no Código Civil, art.296; Os vícios na emissão de duplicatas mercantis que autorizam regresso, ausência de venda mercantil, produtos ou serviços com defeito que já vem sendo admitidas na jurisprudência.

<b>TEMA</b>
<b>DIREITO EMPRESARIAL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL 2 HORAS/AULA</b>
<b>EMENTA</b>
Fomento Mercantil e a Jurisprudência do STJ.
<b>CONTEÚDO PROGRAMÁTICO</b>
Seleção de acórdãos do Superior Tribunal de Justiça sobre protesto de títulos como exercício regular do direito (Lei de Duplicatas - Lei n.º.5.474/68, art.13§4º), direito de regresso, execução de contrato de fomento mercantil, dentre outros.

A indicação dos ministrantes veio acompanhada da síntese de seus currículos.

Foi apresentada a bibliografia que foi sugerida aos cursistas, assim como os meios de acesso a essa bibliografia.

É o Relatório.

## II – Fundamentação

Trata-se de curso de aperfeiçoamento de magistrado para fins de promoção por merecimento. A matéria encontra-se disciplinada na Enfam através da Resolução nº 1, de 6 de junho de 2011; a Instrução Normativa nº 2, de 6 de fevereiro de 2008; e Resolução nº 2, de 16 de março de 2009.

De acordo com o inciso II do art. 13 da Resolução nº 1, de 6 de junho de 2011, “*O pedido de credenciamento para a execução do curso de aperfeiçoamento deverá ser feito, impreterivelmente, até 30 (trinta) dias antes de seu início*”.

O curso em exame acontecerá no dia 07 de outubro de 2011. O pedido foi recebido na ENFAM no dia 26 de agosto passado. Tempestivo, portanto, o pedido.

O tema “**Curso Jurídico de Fomento Mercantil**” insere-se no conteúdo previsto no inciso III do art. 8º da Resolução nº 1, de 6 de junho de 2011:

*Art. 8º O conteúdo programático dos cursos de aperfeiçoamento para fins de vitaliciamento e promoção incluirá, no mínimo, estudos relacionados com os itens seguintes:*

*I – (...);*

*II – (...); e*

*III – temas teóricos relativos a matérias jurídicas e disciplinas afins como filosofia, sociologia e psicologia.*

Ademais, o § 1º do art. 2º da Instrução Normativa nº 2, de 6 de fevereiro de 2008, autoriza às escolas a possibilidade de ampliação do conteúdo programático elencado no art. 8 da Resolução nº 2/2007. Tal possibilidade ficou explícita no anexo 2 da Resolução nº 2, de 16 de março de 2009, *verbis*:

*“..... os tribunais têm liberdade de conformar o processo de formação permanente e continuada de seus juizes a partir de demandas mais pontuais.”*

O conteúdo programático e a carga horária se mostram compatíveis entre si, porquanto o tema “**Curso Jurídico de Fomento Mercantil**” será estudado em 10 (dez) horas-aula.

Pela análise dos currículos, vê-se que os docentes são devidamente qualificados para ministrarem o curso.

Quanto à avaliação do cursista, convém lembrar o disposto no anexo 2 da Resolução nº 2/2009: *“torna-se importante que haja, para qualquer evento de formação e aperfeiçoamento, **instrumento de avaliação uniforme e adequado**, observadas as diretrizes estabelecidas pela Enfam para toda a ação formativa, ou seja, esta deverá contar, no mínimo, com processo e instrumentos de avaliação, entre os quais, **obrigatoriamente, um estudo de caso em que possam ser aplicados os conteúdos programáticos**”*

No presente caso, além da exigência de frequência mínima a 75% das aulas oferecidas, os alunos deverão apresentar, findo o curso, no prazo de 10 (dez) dias, um texto de 5 a 8 laudas, em que aplicará a um caso concreto o conhecimento ministrado no curso.

O curso será avaliado pelos participantes.

### **III – Conclusão**

Diante do exposto, preenchidos os requisitos dos atos normativos que regem a matéria (Resolução nº 1, de 6 de junho de 2011; Instrução Normativa nº 2, de 6 de fevereiro de 2008; e Resolução nº 2, de 16 de março de 2009), opino pelo deferimento do pedido de

credenciamento do curso “**Curso Jurídico de Fomento Mercantil**”, a ser realizado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

À superior consideração.

Brasília, 29 de agosto de 2011.

Rodrigo L. D. Campos  
Analista Judiciário - Enfam

## ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

### PORTARIA Nº 256 DE 29 DE AGOSTO DE 2011.

Credencia o curso de aperfeiçoamento denominado **Curso Jurídico de Fomento Mercantil**, ministrado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

**O DIRETOR-GERAL DA ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS**, usando de suas atribuições e tendo em vista o disposto na Resolução nº 1 da Enfam, de 6 de junho de 2011,

### RESOLVE

Credenciar, para efeitos do disposto na mencionada resolução, o curso de aperfeiçoamento denominado **Curso Jurídico de Fomento Mercantil**, com carga horária total de 10 (dez) horas-aula, ministrado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), nos termos do Processo nº 2011259 - Credenciamento.

Ministro Cesar Asfor Rocha  
Diretor-Geral



**EMERJ**

- **Propriedade Industrial**





**EMERJ**

# A Proteção da Marca e a Questão da Falsificação

Katerine Jatahy Kitsos Nygaard<sup>1</sup>

À vista do interesse social e do desenvolvimento tecnológico e econômico do País, a Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso XXIX, garante ao autor de inventos industriais proteção à propriedade das marcas.

A Lei 9.279/96 – Lei da Propriedade Industrial, por sua vez, tratando especificamente da questão, preceitua que a propriedade da marca é adquirida pelo registro validamente expedido, assegurado ao seu titular o uso exclusivo daquela marca registrada em todo o território nacional.

Denomina-se marca o sinal distintivo de produto, mercadoria ou serviço. É o conjunto de sinais que estabelecem conexão entre o indivíduo e o mundo exterior.

A marca permite ao homem identificar e adquirir os bens e serviços que pretende; ela é o sinal que leva o consumidor aos produtos e serviços, caracterizando-se como instrumento essencial para a formação de clientela.

A proteção legal à marca e ao nome tem por escopo impedir a concorrência desleal, evitando a possibilidade de confusão passível de acarretar desvio de clientela e locupletamento com o esforço alheio.

Ademais, a Lei da Propriedade Industrial veda, no art. 124, a imitação, no todo ou em parte, de marca alheia.

O tema vale a transcrição da seguinte jurisprudência:

**“COMERCIAL E CIVIL. DIREITO MARCÁRIO. USO INDEVIDO DE MARCA, CARACTERIZADA. ABSTENÇÃO.**

<sup>1</sup> Juíza de Direito em Exercício na 1ª Vara da Infância, Juventude e do Idoso da Capital.

*INDENIZAÇÃO. A violação marcária se dá quando a imitação reflete na formação cognitiva do consumidor que é induzido, por erro, a perceber identidade nos dois produtos de fabricações diferentes. O uso indevido de marca alheia sempre se presume prejudicial a quem a lei confere a titularidade. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (RESP. 510885, 2003/0035347-0, 17/11/2003, RELATOR MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA)*

*“PROPRIEDADE INDUSTRIAL, CONTRAFAÇÃO, COMERCIALIZAÇÃO, OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR, RESPONSABILIDADE OBJETIVA, DANO MATERIAL, DANO MORAL. Apelação Cível. Ação Ordinária. Contrafação. Para a configuração da imitação, não importa ser o produto imitador copia servil do produto e da marca imitada, bastando a capacidade do produto gerar a confusão ao consumidor médio, induzindo-o em erro, face à forte identidade entre as características e qualidades do produto e da marca contrafator. A simples comercialização de produtos contrafeitos caracteriza, obriga à indenização da parte lesada, em danos materiais e imateriais, nestes compreendidos o da imagem, independente da prova de culpa do contrafator, sendo certo afirmar que a existência do prejuízo causado pelo contrafator de marca notoriamente conhecida é presumida. Recurso principal desprovido. Recurso adesivo desprovido”. (APELAÇÃO CÍVEL, 1999.001.02414, 04/05/1999, DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL, Unânime, DES. JORGE LUIZ HABIB, Julgado em 24/03/1999)*

*“PROPRIEDADE INDUSTRIAL, MARCA REGISTRADA, PROTEÇÃO ASSEGURADA PELA CONSTITUI-*

**ÇÃO FEDERAL, ART. 5, INC. XXIX, CONSTITUICAO FEDERAL DE 1988, ART. 129, C.DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL, OBRIGACAO DE INDENIZAR.** *Uso indevido de marca. Abuso do poder econômico. Açambarcamento de exploração de direito de propriedade intelectual. Reparação de danos. 1. A Constituição Federal de 1988 assegurou, no inc. XXIX, do art. 5º, ao autor de inventos industriais, privilégios temporários para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, `a propriedade das marcas, aos nomes das empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. 2. Em seguida, no art. 173, traçou norma diretriz da repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência, com aumento arbitrário de lucros, autorizando que leis ordinárias estabeleçam a responsabilidade da pessoa jurídica - sem prejuízo da responsabilidade individual dos seus dirigentes -, sujeitando-a `as punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira. 3. De acordo com o art. 20 da Lei n. 884/94 constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam criar dificuldades `a Constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente. 4. Constitui, ainda, infração `a ordem econômica, nos termos dos incs. I e XVI do supracitado texto legal, a limitação `a livre iniciativa e o açambarcamento de direitos de propriedade industrial, tecnológica ou intelectual. 5. O art. 129 do Código de Propriedade Industrial garante, em todo o território nacional, a propriedade e o uso exclusivo da marca registrada. 6. Marca é o sinal distintivo de produto, mercadoria ou serviço. 7. A tutela protetora da marca visa, em 1º lugar, a proteger o investimento do empresário e, em 2º lugar, visa a garantir ao consumidor a capacidade de distinguir o bom do mau produto. 8. A Lei de Patentes veda, no art.*

*124, a reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia. 9. Rompido o equilíbrio jurídico-econômico, com a indevida utilização de marca registrada, surge o dever de reparar os prejuízos causados.” (APELAÇÃO CÍVEL, 2000.001.02580, 14/08/2000, OITAVA CÂMARA CÍVEL, Unânime, DES. LETÍCIA SARDAS, 11/04/2000)*

A propriedade e o uso exclusivo das marcas são assegurados ao seu titular, o qual pode, inclusive, impedir que terceiros as utilizem indevidamente.

É cediço que marcas conhecidas e cobiçadas mundialmente são alvo de incessantes investidas de falsificadores, que importam ou fabricam produtos, imitação dos produtos originais, ora evidentemente falsificados, ora quase imperceptível a falsificação, com o intuito de enganar o consumidor e atrair a clientela pertencente aos titulares.

Por conta disso, a Lei da Propriedade Industrial tipifica as condutas de importar, vender, oferecer ou expor à venda e ter em estoque produto assinalado com marca de outrem, ilicitamente reproduzida, não exigindo que o comerciante também o tenha fabricado.

A falsificação, por si só, induz à vulgarização do produto original e à depreciação da reputação comercial do titular da marca. Devido aos efeitos que irradia, a falsificação fere o direito à imagem do titular da marca, o qual poderá pleitear, judicialmente, reparação por esse dano.

A propósito, vale conferir a jurisprudência:

**“Direito Comercial e Processo civil. Recurso Especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Propriedade industrial. Marca. Contrafação. Danos materiais devidos ao titular da marca.**

**Comprovação. Pessoa jurídica. Dano moral.**

- Na hipótese de contrafação de marca, a procedência do pedido de condenação do falsificador em danos materiais deriva diretamente da prova que revele a existência de contrafação, independentemente de ter sido, o produto falsificado, efetivamente comercializado ou não.
- Nesses termos considerados, a indenização por danos materiais não possui como fundamento tão somente a comercialização do produto falsificado, mas também a vulgarização do produto, a exposição comercial (ao consumidor) do produto falsificado e a depreciação da reputação comercial do titular da marca, levadas a cabo pela prática de falsificação.
- A prática de falsificação, em razão dos efeitos que irradia, fere o direito à imagem do titular da marca, o que autoriza, em consequência, a reparação por danos morais.
- Recurso especial a que se dá provimento.

Transcrevo, ainda parte do referido voto:

(...) A questão posta a desate consiste em saber se a mera existência de contrafação autoriza a condenação em danos materiais, ou se, ao contrário, os danos materiais serão devidos se houver prova não apenas da existência de contrafação, mas da efetiva comercialização do produto falsificado.

(...)

Dúvida não há, na Doutrina e na Jurisprudência (REsp nº. 30.582/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ 14/08/1995), de que os danos materiais apenas são devidos se efetivamente comprovados no curso da ação de conhecimento.

A questão que aqui se coloca é outra, e está relacionada à identificação, nos casos de contrafação de marca, dos elementos suficientes à comprovação da *existência* de danos materiais.

A tese, até hoje sustentada por este Tribunal, é a de que os danos materiais, em tais hipóteses, estão condicionados à prova de comercialização do produto falsificado, porquanto tal comercialização, ainda que de poucas unidades, constitui o elemento hábil a gerar dano patrimonial ao titular da marca. Nessa linha, citem-se os seguintes precedentes: **REsp** nº. 101.059/RJ, Rel.Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 07/04/1997, **REsp** nº. 115.088/RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, DJ 07/08/2000, **REsp** nº. 101.118/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ 11/09/2000 e **REsp** nº. 316.275/PR, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 12/11/2001.

Tal entendimento, entretanto, está a merecer *uma evolução* interpretativa, considerado o quadro social vigente, e isto por duas razões.

**Primeiro**, porque é notória a enorme extensão que a prática de contrafação assumiu em nosso País, principalmente no segmento de mercado sob análise (artigos de marroquinaria). Esse panorama fático injusto e pernicioso não pode ser ignorado pelo Poder Judiciário, sob pena de não se cumprir, nesse campo, a almejada *pacificação social*, representada pela ética e lealdade de concorrência que devem informar as práticas comerciais.

**Segundo**, porque o art. 209 da Lei nº. 9279/96, em clara exegese, não condiciona a reparação dos danos materiais à prova de comercialização dos produtos fabricados, *in verbis*: “Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio”.

O dispositivo autoriza a reparação material se houver *ato de violação de direito de propriedade industrial*, o que, no presente processo, constitui fato devidamente comprovado com a apreensão de bolsas falsificadas. Nesses termos considerados, a indenização por danos materiais não possui como *fundamento* a ‘comercialização do produto falsificado’, mas a ‘vulgarização do produto e a depreciação da reputação comercial do titular da marca’, levadas a cabo pela prática de *falsificação*.

De fato, aquele que estaria disposto a comprar, por uma soma considerável, produto exclusivo, elaborado pelo titular da marca em atenção a diversos padrões de qualidade, durabilidade e segurança, não mais o faria se tal produto fosse vulgarizado por meio de uma falsificação generalizada.

Conclui-se, assim, que a falsificação, por si só, provoca substancial redução no faturamento a ser obtido com a venda do produto distinguido pela marca registrada, o que autoriza, em consequência, a reparação por danos materiais.

Por violação ao art. 209 da Lei nº. 9.279/96, merece ser o v. acórdão reformado, para se declarar a procedência do pedido de condenação em danos materiais, os quais deverão ser apurados em liquidação de sentença.

(...)

Da condenação em danos morais

(...)

**A vulgarização do produto e a depreciação da reputação comercial do titular da marca, efeitos da prática de falsificação, constituem elementos suficientes a *lesar o direito à imagem* do titular da marca, o que autoriza, em consequência, a reparação por danos morais, fixados em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).**

Forte em tais, DOU PROVIMENTO ao Recurso Especial para julgar procedente o pedido de condenação em: (a) danos materiais, cujo montante deverá ser fixado em liquidação de



sentença, e (b) danos morais, fixados no montante total de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), sendo R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) para cada recorrente”.

(Superior Tribunal de Justiça, REsp Nº 466.761 - RJ (2002/0104945-0), Rel. MINISTRA NANCY ANDRIGHI)

**”AÇÃO DE PRECEITO COMINATÓRIO. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. VENDA DE MEDICAMENTOS. CONTRAFAÇÃO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.**

Processual civil. Ação ordinária com preceito cominatório cumulada com perdas e danos e requerimento de liminar específica da nova Lei de Propriedade Industrial - Lei 9.279/96. Comercialização de medicamentos com a mesma finalidade terapêutica dos produtos das autoras, cujas marcas e embalagens são plenamente confundíveis. Contrafação. Sentença condenatória que merece prestígio, ancorada em irrefutável prova pericial. Improvimento do recurso.

I - Comprovado através de prova pericial que as embalagens da Autora e da Ré possuem semelhança entre si, e se prendem pelas cores utilizadas AAS INFANTIL e AAS ADULTO, esta’ configurada a contrafação - imitação fraudulenta, porquanto a comercialização do produto pelo nome do sal - acidoacetilsalisílico, só é admitida nos termos da Resolução n. 92, de 23/10/2000, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, em produtos genéricos;

II - **O entendimento consagrado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a indenização por danos materiais não possui como fundamento tão somente a comercialização do produto falsificado, mas também a vulgarização do produto, a exposição comercial (ao consumidor) do produto falsificado e a depreciação da reputação comercial do titular da marca, levadas a cabo pela**

**prática de falsificação;**

III - Improvimento do recurso.”

(2003.001.28033 - APELAÇÃO CÍVEL, Rel. DES. ADEMIR PIMENTEL - Julgamento: 12/11/2003 – 13ª CÂMARA CÍVEL-TJRJ)

A proteção legal à marca e ao nome tem por escopo impedir a concorrência desleal, evitando a possibilidade de confusão passível de acarretar desvio de clientela e locupletamento com o esforço alheio.

A fim de conferir efetividade a essa diretriz é que se consagrou o princípio da especialização ou especificidade, de acordo com o qual, se distintos os ramos de atividade das empresas litigantes, de molde a não acarretar confusão ao consumidor, que, ao contrário, poderia adquirir determinado produto ou serviço pensando ser outro, nada obsta possam as mesmas subsistir concomitantemente no universo comercial.

Embora, a princípio, o ramo de atividades de determinadas empresas possa parecer o mesmo, caso ambas se dediquem ao mesmo tipo de comércio, impõe-se a aplicação do princípio da especificidade para concluir se as empresas atingem público distinto, sendo impossível confundi-las.

A jurisprudência do S. T. J assim se posiciona:

“PROPRIEDADE INDUSTRIAL. MARCA. EXCLUSIVIDADE DE USO. PRINCÍPIO DA ESPECIFICIDADE. O direito de exclusividade de uso de marca, decorrente do seu registro no INPI, é limitado à classe para a qual é deferido, não sendo possível a sua irradiação para outras classes de atividades. Aplicação do princípio da especificidade. Precedentes do STJ. Inexistência, ainda, da possibilidade de confusão a induzir em erro o consumidor. Recurso especial conhecido e provido. (Resp. 142954/SP, Recurso Especial, Relator Ministro Barros Monteiro, 4ª Turma)

“DIREITO COMERCIAL. MARCA E NOME COMERCIAL. COLIDÊNCIA DE MARCA ‘ETEP’ (REGISTRADA NO INPI) COM NOME COMERCIAL (ARQUIVAMENTO DOS ATOS CONSTITUTIVOS DA SOCIEDADE NA JUNTA COMERCIAL). CLASSE DE ATIVIDADE. PRINCÍPIO DA ESPECIFICIDADE. INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

I- Não há confundir-se marca e nome comercial. A primeira, cujo registro é feito junto ao INPI, destina-se a identificar produtos, mercadorias e serviços. O nome comercial, por seu turno, identifica a própria empresa, sendo bastante para legitimá-lo e protegê-lo, em âmbito nacional e internacional, o arquivamento dos atos constitutivos no Registro do Comércio.

II- Sobre eventual conflito entre uma e outro, tem incidência, por raciocínio integrativo, o princípio da especificidade, corolário do nosso direito marcário. Fundamental, assim, a determinação dos ramos de atividade das empresas litigantes. Se distintos, de molde a não importar confusão, nada obsta possam conviver concomitantemente no universo mercantil.

III- No sistema jurídico nacional, tanto a marca, pelo Código de Propriedade Industrial, quanto o nome comercial, pela Convenção de Paris, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto 75.572/75, são protegidos juridicamente, conferindo ao titular respectivo o direito de sua utilização.

IV-(...)

(REsp. 119998/SP, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma).

Por outro lado, a Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, em texto atualizado pela Revisão de Estocolmo de 1967, institui as regras básicas para o tratamento das marcas, as quais devem ser

cumpridas pelos países-membros.

Assim sendo, o art. 126 da Lei 9.279 praticamente absorveu o art. 6º bis (I) da Convenção de Paris, relativo às marcas notoriamente conhecidas: “A marca notoriamente conhecida em seu ramo de atividade, nos termos do art. 6 bis (I) da Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, goza de proteção especial, independente de estar previamente depositada ou registrada no Brasil.”

Conclui-se que a falsificação induz à vulgarização do produto original e à depreciação da reputação comercial do titular desta, o que fere o direito à imagem do titular da marca, gerando para este direito de reparação de danos. ◆

# Propriedade Industrial e o Papel do Poder Judiciário

Luiz Alberto Carvalho Alves <sup>1</sup>

O direito de propriedade consiste nos atributos concedidos a qualquer sujeito de direito, de usar, gozar, fruir e dispor de um bem ou coisa a seu critério, seja este material ou imaterial.

No âmbito das relações jurídicas, não se pode negar que toda criação humana, seja no campo da cultura, da tecnologia ou da indústria, constitui um bem jurídico suscetível de mensuração econômica e proteção, embora seja coisa imaterial.

Neste contexto é que se pode falar em propriedade intelectual e industrial, sendo a primeira de caráter mais amplo, compreendendo todas as eventuais criações humanas protegidas pelo direito, sendo o campo da segunda o das criações humanas destinadas aos meios econômicos de produção, comércio e indústria, compreendendo os inventos, marcas, desenhos, técnicas destinadas a este fim.

Pinto Ferreira, em sua obra de **Direito Constitucional**, ao se referir à propriedade intelectual, assim menciona:

*A propriedade é tudo o que a lei reconhece como tal... Tudo o que o indivíduo produz mediante o trabalho das duas mãos ou do seu cérebro, tudo o que adquire em troca de qualquer coisa sua, tudo o que se lhe dá, ou cede, a lei lhe assegura o direito de usá-lo, fruí-lo, dispondo livremente.*

A Constituição Federal de 1988 protege os institutos da propriedade intelectual na parte dos direitos e garantias fundamentais, em seu art. 5º, XXIX, *in verbis*:

---

<sup>1</sup> Juiz de Direito Titular da 4ª Vara Cível de Duque de Caxias.

*XXIX - A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.*

A regulamentação do uso, gozo, fruição e disposição da propriedade industrial se encontra articulada na Lei n.º 9.279 de 14 de maio de 1996, fixando os princípios, conceitos, institutos, direitos e obrigações referentes ao tema.

O art. 2.º da referida lei dispõe:

Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante:

- I - concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade;
- II - concessão de registro de desenho industrial;
- III - concessão de registro de marca;
- IV - repressão às falsas indicações geográficas; e
- V - repressão à concorrência desleal.

Observando o dispositivo constitucional e o infraconstitucional acima descritos, percebe-se que o legislador brasileiro não se limita a instituir um sistema de proteção legal a propriedade intelectual e industrial, vai além, vinculando esta proteção ao cumprimento do interesse social e ao desenvolvimento social, tanto tecnológico como econômico.

Observa-se, portanto, que a proteção da propriedade intelectual está garantida enquanto atentar aos fins estabelecidos, quais sejam o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico, e somente nestas condições terá a proteção jurídica legal e constitucional.

O que se pretende é o incentivo a criação, pesquisa e desenvolvimento tecnológico em todos os ramos das atividades humanas visando a um melhor bem-estar da sociedade, concedendo o ordenamento jurídico

ao criador o direito de propriedade de sua criação ou invento de forma temporária, podendo explorá-lo economicamente compensando a dedicação, trabalho e pesquisa do criador em benefício da sociedade.

Cabe ressaltar que, no campo da propriedade intelectual e industrial, prestigia-se e protege-se como direito de propriedade seu uso exclusivo por seu autor e a novidade, a originalidade, o elemento distinto e inovador em relação aos bens ou marcas existentes e conhecidos no mercado.

Admitir o contrário, ou seja, a concessão de direito de propriedade e uso exclusivo de bens, coisas e ideias notoriamente conhecidas pela sociedade e usadas no seu cotidiano, certamente afrontaria o mercado de consumo e a livre concorrência, passando o instituto a se tornar extremamente nocivo para o meio social.

Nota-se que o art. 170 da C.F. expressa garantia a alguns princípios, em que predomina a tutela da livre concorrência.

### **Cabe transcrever:**

Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

#### **IV - livre concorrência.**

Neste contexto entra o papel do Poder Judiciário em harmonizar estes dois princípios e comandos constitucionais, protegendo o direito de propriedade intelectual e industrial dos inventores e criadores sem contudo inibir o princípio da livre concorrência do mercado.

A matéria foi enfrentada em sentença prolatada por este magistrado em hipótese de desenho industrial registrado perante o INPI que não restou caracterizado o elemento originalidade, inovação do desenho que pudesse distingui-lo dos demais produzidos e da ideia da existência da coisa com a sua estrutura básica.

Cabe transcrever a r. sentença:

## SENTENÇA

METALURGICA SIEMSEN LTDA, qualificada na peça inicial, através de seu advogado devidamente constituído, propôs AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER C/C RESPONSABILIDADE CIVIL COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA em face de CROYDONMAQ INDÚSTRIA LTDA.

Alega, em síntese, como causa de pedir, que é titular do registro do desenho industrial de conjunto de copos de liquidificador perante o INPI, devidamente certificado.

Que teve ciência de que o réu, empresa do mesmo ramo empresarial, vem comercializando copos de liquidificadores com a mesma configuração ornamental dos copos de liquidificadores de sua propriedade industrial.

Menciona que a contrafação foi devidamente constatada perante o laudo técnico realizado pela Universidade Federal do Estado de Santa Catarina, em flagrante prática de ato ilícito em violação ao seu direito de propriedade industrial.

Com base nesta causa de pedir, pleiteia a condenação do réu em se abster de fabricar, utilizar ou mesmo comercializar os copos de sua propriedade industrial, devendo, ainda, indenizar os eventuais prejuízos de ordem material e moral.

Com a inicial vieram os documentos de fl. 22/32.

Decisão deferindo o pedido liminar a fl. 37.

Cópia do Agravo de instrumento as fl. 53/87.

Devidamente citado, o réu apresentou resposta, em forma de contestação as fl. 88/111, resistindo à pretensão autoral afirmando que o registro efetuado pelo autor não lhe dá o direito que pretende buscar em virtude da ausência de novidade e originalidade do produto, sendo que o réu já explora



os produtos contestados, de boa-fé, muito antes do depósito do pedido de registro efetuado pelo autor.

Com a contestação vieram os documentos de fl. 112/229.

A fl. 231 cópia da decisão de declínio de competência do Juízo da 6ª Vara Cível para o Juízo com competência para processar e julgar as causas em matéria empresarial.

Decisão as fl. 241/242 revogando o pedido de tutela antecipada anteriormente deferido.

Termo de Audiência de Conciliação infrutífera a fl. 257, oportunidade em que o feito foi saneado e deferida a produção de prova pericial, cujo laudo foi juntado as fl. 395/489.

Parecer técnico apresentado pelo autor as fl. 532/540.

Parecer técnico apresentado pelo réu as fl. 554/568.

Esclarecimento às impugnações ao laudo as fl. 582/589.

O Ministério Público deixa de intervir no feito por falta de interesse público.

Novos esclarecimentos apresentados pelo expert do juízo as fl. 602/606, sobre os quais as partes se manifestaram as fl. 610 e 611/613.

É o relatório.

Examinados, decido.

A Lei n.º 9279/96 tem como objetivo de tutelar a propriedade intelectual, conferindo ao autor o direito exclusivo da criação, invento e marca de produtos e objetos, no âmbito do Direito Empresarial, com o intuito de propiciar o desenvolvimento tecnológico dos meios de produção e distribuição dos produtos no mercado consumidor, visando ao bem da sociedade e ao crescimento econômico do País.

Contudo, tal instrumento legislativo não pode dar azo a uma interpretação que gere um verdadeiro monopólio de fabricação e comercialização de produtos básico, como se fossem

inovadores ou originais, sob o manto do registro, na iminência de se desvirtuar todo o seu objetivo, atingindo o direito de livre concorrência de mercado e o incentivo à produção e geração de riqueza.

O que o ordenamento jurídico em tela visa a prestigiar é a criação, a originalidade e a inovação de técnica de produtos para o bem maior coletivo, garantindo ao criador o uso exclusivo temporário.

Dentro destes princípios que se devem solucionar os conflitos de interesse referente à matéria.

No caso em tela, busca o autor impedir que o réu produza ou comercialize copos de liquidificador, aos quais atribui extrema semelhança àqueles em que é o titular de desenho industrial regularmente registrado, alegando contrafação do produto.

Embora o autor seja titular de desenho industrial do produto (copos de liquidificador), devidamente registrado no INPI, o laudo técnico de fl. não atesta a identidade nem a semelhança do produto do autor com o do réu, sendo a forma e as medidas dos copos absolutamente distintas.

O que se podem detectar como similares são os requisitos básicos de qualquer produto desta natureza (copo de liquidificador), quais sejam a alça, o furo central no fundo e as canaletas, os ressaltos ou costelas.

O laudo é extremamente claro e conclusivo demonstrando a inexistência de contrafação, ressaltando que o próprio autor não destacou o elemento criativo e inovador que eventualmente foi copiado pelo réu.

**Isto exposto, julgo improcedente o pedido e extinto o feito com a resolução do mérito, nos termos do art. 269, I do C.P.C.**

Condene o autor ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor da causa.

P.R.I.

Após o trânsito em julgado, dê-se baixa e arquite-se.

Duque de Caxias, 22 de março de 2006. ◆

### **Bibliografia:**

PINTO, Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 119.

BARBOSA, Denis Borges. **A Propriedade Intelectual no Século XXI**. Ed. Lumen Juris.

BARBOSA, Denis Borges. **Usucapião de Patentes e Outros Estudos de Propriedade Industrial**. Ed. Lumen Juris.

- Novo Código Civil Brasileiro. Ed. Rev. dos Tribunais

- Código Comercial Brasileiro. Ed. Rev. dos Tribunais.

# Direito Patentário e Redução de Preço de Remédios no Brasil

Margaret de Oliveira Valle dos Santos<sup>1</sup>

## 1. Direito à Criação Pessoal e Direito do Autor

1.a. Conceito e Normatização

1.b. Contextualização do Tema.

O direito à criação pessoal, como direito de criar, é, em si anterior ao direito moral do autor. Vale dizer, enquanto a obra estiver na “cabeça do seu criador” ela só é protegida como direito à criação, mas não como direito moral.

O direito à criação pessoal é tutelado pelo direito geral da personalidade e advém do valor fundamental da dignidade da pessoa humana que, por sua vez, se constitui no fundamento dos direitos especiais à personalidade.

Anote-se que tais direitos têm como objeto a personalidade da pessoa humana considerada como centro autônomo de decisão, capaz de gerir a sua própria vida, com autodeterminação, através de escolhas livres que conduzam a realização de um projeto único e pessoal de vida.

Assim, o direito geral da personalidade não é um mero suprimento da escassez dos direitos da personalidade especiais, nem uma súmula desses direitos, mas um direito matriz ou fundante de todos esses direitos, paradigma axiológico a partir do qual todos os direitos especiais da personalidade devem ser interpretados.

A admissão de um direito geral da personalidade advém do reco-

<sup>1</sup> Juíza de Direito da 6ª Vara de Fazenda Pública.

nhecimento da ilimitabilidade da personalidade humana e da admissão de existência de tantos direitos quantos forem as refrações da personalidade humana, sendo mandatória a adoção de uma cláusula geral de tutela para sua proteção, diante, inclusive, da impossibilidade de o arcabouço jurídico contemplar todas as situações com adequação e a presteza necessárias.

Mesmo porque, tem o Estado o poder/dever de intervir na proteção dos direitos fundamentais, uma vez que estes só podem ser exercidos se forem impostos a todos, inclusive ao próprio Estado <sup>2</sup>.

Embora seja indubitável que o direito de autor seja um direito da personalidade, ele só é garantido às obras literárias, artísticas ou científicas que possuam originalidade e objetivação, vale dizer que adquiram forma percebida, mesmo que não sejam publicadas ou divulgadas.

O direito de autor abrange direitos de natureza moral, designadamente o direito de reivindicar a autoria, assegurar a sua genuinidade e integridade, e patrimoniais, através dos quais o autor tem o direito exclusivo de dispor da sua obra e de fruí-la e utilizá-la, ou autorizar a sua fruição ou utilização por terceiro, total ou parcialmente.

Por tal motivo alguns doutrinadores afirmam que os direitos do autor se constituem em direitos de dupla face, na medida em que estes encerram a patrimonialização de um direito da personalidade.

Ao direito do autor, entendido como aquele que confere ao autor de obra literária, científica ou artística, a prerrogativa de reproduzi-la e explorá-la economicamente, enquanto viver, transmitindo-a a seus herdeiros e sucessores, agregam-se os direitos conexos reconhecidos na Convenção de Roma de 1961, e que estendem direitos patrimoniais de autor aos intérpretes, aos divulgadores e aos organismos de radiodifusão.

Embora a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, da qual o Brasil é signatário, considerada como o mais importante marco na determinação e delimitação do direito do autor, te-

---

<sup>2</sup> "Todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além de direitos individuais [...], direitos sociais [...] antinômicos, no sentido de que o desenvolvimento deles não pode proceder paralelamente: a realização integral de uns impede a realização integral dos outros. Quanto mais aumentam os poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos." (BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 1ª edição. Rio Janeiro: Campus, 1992, p. 21)

na sofrido diversas alterações desde sua aprovação em 09 de Setembro de 1886, em decorrência do desenvolvimento tecnológico e dos meios de comunicação de massa, cada vez mais o direito do autor, por sua abrangência econômica e social, vem ganhando importância e exigindo novos mecanismos de proteção.

No Brasil, a exemplo de alguns países do mundo ocidental, o direito do autor, que tem como corolário o direito à propriedade industrial, é reconhecido como direito fundamental.

*Anote-se o que consta da norma constitucional de 1988:*

*“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

*XXVII. Aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;*

*XXVIII. São assegurados, nos termos da lei:*

*a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;*

*b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;*

*XXIX. a Lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”*

O direito do autor é disciplinado no ordenamento jurídico infraconstitucional através da Lei nº 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998, que reconhece, de forma expressa, o interesse social e econômico em sua pro-

teção, como instrumento, inclusive, de incentivo ao desenvolvimento tecnológico.

Os direitos relativos à propriedade industrial foram normatizados na Lei 9.279/96 que estabelece como instrumentos de proteção destes direitos em seu artigo 2º a concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade, concessão de registro de marcas.

*“Art. 2º. A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante:*

*I – concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade;*

*II – concessão de registro de desenho industrial;*

*III – concessão de registro de marca;*

*IV – repressão às falsas indicações geográficas; e*

*V – repressão à concorrência desleal.”*

## **2. Direito à Propriedade Industrial**

### *2.a. O direito de patente e sua proteção no ordenamento.*

Como se vê, o ordenamento brasileiro reconhece e protege o direito à propriedade industrial via concessão de registro de marcas e concessão de patentes, constando de forma expressa do artigo 6º, da Lei nº 9.279/96 que ao autor de invenção ou de modelo de utilidade será assegurado o direito de obter a patente que lhe garanta a propriedade, conferindo ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar produto ou processo patenteados( artigo 42 da LPI).

Registre-se que o conceito de propriedade intelectual e o alcance das defesas utilizáveis para a sua proteção vêm se solidificando na doutrina e na jurisprudência, sendo exigidas para sua configuração a existência de novidade, capacidade inventiva e utilidade industrial do invento, consoante artigo 42 da Lei nº 9.279/96.

Na dicção de GAMA CERQUEIRA que abaixo se transcreve:

*“O direito do inventor, em nossa terminologia jurídica, denomina-se privilégio de invenção; e o título que o comprova é a patente de invenção [...] o privilégio é o próprio direito do inventor; a patente, o título legal de seu exercício. O direito do inventor [...] não tem, propriamente, caráter de privilégio no sentido comum desta palavra, isto é, no sentido de concessão, favor ou vantagem especial outorgada a certa pessoa, com exclusão de outras e com derrogação do direito comum. Tais privilégios são geralmente condenados, bem como os monopólios que deles resultam. O mesmo não acontece com os privilégios de invenção, instituídos por leis de caráter geral, sem distinção de pessoas, dos quais podem beneficiar-se todos os indivíduos que satisfizerem às condições legais. [...] O direito do inventor não se origina da concessão de patente[...] Não resulta do privilégio; ao contrário, o privilégio é que resulta do direito do inventor, direito oponível erga omnes e exclusivo de qualquer pessoa durante o prazo fixado na lei”.<sup>3</sup>*

Alguns doutrinadores sustentam que a Lei da Propriedade Industrial, no tocante ao asseguramento ao titular de patente de proteção aos seus direitos de invenção adota definição similar à Lei norte-americana, o que justificaria as exigências impostas aos pleiteantes de patente pelo INPC- Instituto Nacional da Propriedade Industrial para sua concessão.

O fato é que nossa legislação patentária acompanha o desenvolvimento de diplomas internacionais, em especial, a Convenção de Paris (Decreto nº 9.233, de 28 de junho de 1884, do qual o Brasil é signatário e que foi incorporado ao ordenamento jurídico pelo Decreto nº 75.572/75), o TRIPs (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual

<sup>3</sup> CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1946, p. 220 e p. 261.



Relacionados ao Comércio, ratificado pelo Brasil através do Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994) e Tratado de Harmonização da OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual, criada em 1967).

Isso porque a questão referente à proteção do direito de propriedade intelectual na sociedade contemporânea globalizada tem relevância não só no plano interno (nacional), como no plano internacional, na medida em que inclusive cada vez mais vem se intensificando o fenômeno da minimização do direito autoral constantemente transformado em direito de empresa.

Em ilustração ementa de Acórdão unânime prolatado pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do ERJ nos autos de Apelação Cível nº 28.372/2001, tendo com relator o Des. SERGIO CAVALIERI FILHO.

*PROPRIEDADE INDUSTRIAL. PATENTE. INVENTO NA VIGÊNCIA DO CONTRATO DE TRABALHO. PROVA INVÁLIDA. INDENIZAÇÃO. Direito do Inventor. Invento empregado na vigência do contrato trabalho. Propriedade comum. Será de propriedade comum, em partes iguais, o invento ou aperfeiçoamento do empregado realizado na vigência do contrato de trabalho, desde que decorrente de sua contribuição pessoal e da instalação ou equipamento fornecido pelo empregador, salvo se a função do empregado tiver por objeto, implícita ou explicitamente, pesquisa científica. O empregador, que utiliza o invento concebido pelo empregado nas circunstâncias acima descritas, fica obrigado a indenizá-lo no percentual de cinquenta por cento do proveito obtido. Desprovimento do recurso.*

Na hipótese, ex-empregado de empresa siderúrgica pugnava receber 50% de todos os benefícios auferidos pela empresa com o uso de modelo de utilidade por ele desenvolvido durante o período que em trabalhou para a referida empresa, que, entretanto, alegava a seu favor a aplicação do artigo 40 da Lei nº 5.772/71, sustentando que o modelo não teria sido por patenteado pelo autor, e que fora desenvolvido em suas dependências,

às suas expensas e durante o horário de trabalho, contando com suporte de engenharia da empresa, o que caracterizaria trabalho desenvolvido por equipe.

O Acórdão, entretanto, reconheceu a aplicação na hipótese do artigo 42 da Lei nº 5.772/71 (Código de Propriedade Industrial), uma vez que contrato de trabalho não tinha por objeto a pesquisa ou atividade inventiva, nem o invento resultara da própria natureza dos serviços para os quais o empregado fora contratado, o que tornava inquestionável que a criação mental deste na elaboração do modelo, considerada obra de sua atividade extralaborativa, na medida em que, inclusive, fugia totalmente ao objeto do seu contrato de trabalho.

Reconheceu ainda a referida decisão que o inventor e co-inventor podem reclamar judicialmente o reconhecimento de remuneração pela comprovada contribuição pessoal na criação intelectual de invento, independentemente de patente, afastar qualquer dúvida sobre a amplitude da proteção concedida pelo nosso ordenamento jurídico .

### *2.b Direito patentário e direito constitucional à saúde*

Cada vez mais vem se utilizando o direito de autor como anteparo para a proteção do investimento, visando em verdade à proteção do empresário, que alguns apontam até como beneficiário principal da proteção formalmente atribuída ao autor, conclusão que se afigura dramática no caso de descobertas científicas ligadas ao ramo de medicamentos, mormente no caso dos países periféricos como o Brasil.

Isso porque, dois problemas limitam a oferta e disponibilidade dos remédios para a população em geral. Um deles é que o preço cobrado por eles é muito alto e o segundo, que o desenvolvimento de novos medicamentos é orientado para maximizar os lucros das empresas fabricantes, em regra, detentoras de suas patentes, e não para prover as necessidades essenciais da sociedade em geral.

Argumentam as empresas que o alto custo das pesquisas não permite que estas sejam direcionadas a doenças endêmicas ou agudas que, na maio-

ria das vezes, acometem populações de baixa renda, a confirmar que o conceito de saúde para estas empresas confunde-se com o conceito de lucro, muito diverso daquele preconizado pela Organização Mundial de Saúde.

Segundo a OMS o conceito de saúde individual seria a preocupação em manter o indivíduo em seu bem-estar físico, mental e social, ou mesmo ausente de doenças. A saúde pública, que por diversas vezes é confundida com a saúde coletiva, costuma-se referir a formas de agenciamento, político ou governamental, destinadas a intervir nas necessidades sociais de saúde. Enquanto a saúde coletiva leva em conta a diversidade e especificidade dos grupos populacionais e das individualidades com modos próprios de adoecer e seus meios para que isto aconteça.

Essa distorção, segundo alguns doutrinadores, é incentivada pelo atual regime de patentes, que limita e encarece a transferência de tecnologia, tendo como consequência a alta excessiva do preço dos remédios, implicando consequências adversas até no próprio desenvolvimento da pesquisa, na medida em que incentiva o sigilo e torna, economicamente, mais atraente investir pesquisa de uma droga já disponível do que buscar a inovação.

Essa situação é mais dramática nos países em desenvolvimento, cujas condições econômicas não lhes permitem proteger a maioria dos direitos sociais, vivendo grande parte de sua população em condições de extrema pobreza, sem usufruir os direitos fundamentais de moradia, alimentação, emprego e saúde.

Não consegue o Estado, nestes países periféricos, como o Brasil, proteger, a rigor, a dignidade de seu cidadão, e assim sendo, como ocorre no caso do direito à saúde, que é reconhecido como direito de todos e dever do Estado e deveria ser prestado por um sistema público de saúde eficiente e de qualidade.

Some-se a isso os altos índices de miséria e exclusão social por conta da pouca distribuição de renda, e baixa escolaridade e a ineficiência do sistema público de saúde, a requerer que o sistema de patentes em relação aos remédios seja revisado com o estabelecimento talvez de um fundo de recompensa, como proposto no EEUA, a ser bancado pelos Estados, res-

ponsável por estabelecer prioridades de pesquisa segundo o interesse social, permitindo, outrossim, maior intercâmbio e compartilhamento de tecnologias.

### 3. Conclusão

Como se infere, atualmente, o problema principal do Estado em relação aos direitos fundamentais não é justificá-los ou buscar seus fundamentos, mas encontrar maneiras de protegê-los.

A pergunta que se faz hoje é: que Estado é este?

Será o Estado globalizado ético? Ou a ética é, cada vez mais, descartada nas relações entre os Estados, supostamente democráticos, envolvidos neste processo econômico de globalização?

Com efeito, a globalização vem derrubando fronteiras, que não são políticas, nem sociais, mas apenas fronteiras econômicas, não havendo, por parte deste Estado global, que visa só ao lucro, ou, como refere Milton Santos, este Estado da mais-valia globalizada, qualquer preocupação em assegurar direitos e garantias fundamentais.<sup>4</sup>

Se liberdade, segundo a visão kantiana, é autonomia, ou respeito à Lei criada pelo próprio indivíduo, que “Lei Universal” poderá advir desse embate desigual entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, sem que haja uma decisão conjunta e partilhada do que seja o bem comum?

Na verdade, como sustenta o professor Milton Santos, no mundo globalizado ocorre uma dupla tirania: a do mercado e a dos meios de comunicação de massa. Ambos, mercado e informação, globalizados, fornecem o modelo ideológico e o modelo ético que conformam todas as relações sociais e interpessoais. Por esse motivo é que se assiste, hoje, a um crescimento da competitividade, visível nas formas de agir não só dos Es-

---

<sup>4</sup> “Os fatores que contribuem para explicar a arquitetura da globalização atual são: a unicidade da técnica, a convergência dos momentos, a cognoscibilidade do planeta e a existência de um motor único na história, representado pela mais-valia globalizada.” (SANTOS, Milton. **Por uma outra Globalização – do Pensamento Único à Consciência Universal**. 2ª ed. São Paulo: Record, 2000, p. 24)

tados, mas também das empresas e até dos indivíduos.<sup>5</sup>

Com a visível diminuição das funções sociais e políticas do Estado, há um verdadeiro retrocesso na noção de bem público e de solidariedade, com a ampliação do papel político das empresas na regulação da vida social. Prega-se a “morte do Estado” como fator de melhoria de vida dos homens, eis que haveria uma ampliação na liberdade de produzir, de consumir e de viver. Mas o que se vê, na prática, é que este “*Estado anão, pregado pelo neoliberalismo, só produz mais desigualdade entre indivíduos e empresas*”.<sup>6</sup>

Com efeito, a minimização do Estado, nos Estados Unidos e em países capitalistas da Europa, que vivenciaram o “welfare state”, Estado Providência ou Social, tem consequências totalmente diversas daquelas ocorridas em países periféricos, como o Brasil. Tais países, nos quais as promessas de modernidade ainda não se realizaram, e que apresentam altos índices de miséria, violência, exclusão social, mortalidade infantil e analfabetismo, necessitam, ao contrário do que ocorre nos países desenvolvidos, de um Estado forte, que possa efetivamente garantir os direitos fundamentais de seu cidadão nesse “contexto hostil da globalização neoliberal”.<sup>7</sup>

A globalização aniquila a noção de solidariedade, devolve o homem à noção primitiva do “cada um por si”, reduzindo a noção de moralidade

---

5 Ibid., p. 37 *et seq.*

---

6 “A competitividade, sugerida pela produção e pelo consumo, é a fonte de novos totalitarismos, mais facilmente aceitos graças à confusão dos espíritos que se instala. Tem as mesmas origens a produção, na base mesma da vida social, de uma violência estrutural facilmente visível na forma de agir dos estados, das empresas e dos indivíduos. A perversidade sistêmica é um dos corolários. Dentro deste quadro as pessoas se sentem desamparadas, o que também constitui uma incitação a que adotem, em seus comportamentos ordinários, práticas que alguns decênios atrás eram moralmente condenadas. Há um verdadeiro retrocesso quanto à noção de bem público e de solidariedade, do qual é emblemático o encolhimento das funções sociais e políticas do estado com a ampliação da pobreza e os crescentes agravos à soberania, enquanto se amplia o papel político das empresas na regulação da vida social.” (Ibid., p. 38)

---

7 “Daí vir a propósito (novamente) o dizer de Boaventura Santos, para quem o Estado não pode pretender ser fraco: ‘Precisamos de um Estado cada vez mais forte para garantir os direitos num contexto hostil da globalização neoliberal’. E acrescenta: ‘Fica evidente que o conceito de um Estado fraco é um conceito fraco. [...] Hoje, forças políticas se confrontam com diferentes concepções de reforma’. Por isso, conclui, ‘não é possível, agora, organizar politicamente a miséria e a exclusão produzidas de modo desorganizado e desigual tanto globalmente quanto nos contextos nacionais’. Nunca os incluídos estiveram tão incluídos e os excluídos tão excluídos.” (STRECK, Lenio Luiz. As Constituições Sociais e a Dignidade da Pessoa Humana como Princípio Fundamental. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.). 1988–1998: Uma Década de Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 317)

pública e particular, posto que erige como valores máximos a competitividade e o lucro. Não havendo uma paridade social, econômica e tecnológica entre os países envolvidos neste processo de globalização econômica, ocorre, via de consequência, uma dominação dos países mais desenvolvidos econômica e tecnologicamente sobre os países periféricos, acentuando as desigualdades e tornando estes países cada vez mais periféricos.

A globalização, sonhada como possibilidade de maior humanização, via desenvolvimento da técnica a serviço do homem, na verdade rompe um processo de evolução social e moral iniciado no século XVIII. A evolução da técnica não acompanha um processo de evolução moral, concentrando-se tanto a tecnologia como a informação em poucas mãos. Com efeito, uma coisa é o progresso científico e técnico, contínuo e irreversível, facilmente mensurável; e outra coisa é o progresso moral, cujo conceito é difícil e de difícil mensuração.<sup>8</sup>

Isto porque a efetivação de maior proteção dos direitos fundamentais não é só um problema jurídico, mas um problema de natureza política, diretamente ligado ao desenvolvimento global da civilização humana. ◆

#### 4. Bibliografia

ASCENSÃO, José de Oliveira— **Sociedade da Informação — Direito da Sociedade de Informação** — Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa — Associação Portuguesa do Direito Intelectual — Coimbra Editora — 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira — **Direito Autoral** — Editora Renovar, Rio de Janeiro, Brasil — 2ª Edição, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Granda. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

---

<sup>8</sup> “O período atual tem como uma das bases esse casamento entre a ciência e a técnica, essa tecnociência, cujo uso é condicionado pelo mercado. Por conseguinte, trata-se de uma técnica e de uma ciência seletivas. Como, frequentemente, a ciência passa a produzir aquilo que interessa ao mercado, e não à humanidade em geral, o progresso técnico e científico não é sempre um progresso moral. Pior, talvez do que isso: a ausência desse progresso moral e tudo o que é feito a partir desta ausência vai pesar fortemente sobre o modelo de construção histórica dominante no último quartel do século XX.” (SANTOS, Milton. Op. cit., p. 65)

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10.ed., Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 11. ed., Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. 3ª edição. São Paulo: Editora Mandarim, 2.000.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 1993

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1946, p. 67/68.

COMPARATO, Fábio Konder. “Comentários ao Artigo Primeiro da Declaração Universal de Direitos Humanos”. *In*: **50 Anos da Declaração de Direitos Humanos – Conquistas e Desafios**, Brasília: Editado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Comissão de Direitos Humanos, p. 29-36, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. “A desnacionalização da economia brasileira e suas conseqüências políticas”. *In*: **Revista Cidadania e Justiça**. AMB, ano 3, nº 7. Rio de Janeiro: 2º semestre de 1999, p. 84- 92.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

HESSE, Karl, **A força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editora, 1991.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Galouste Gulbekin, 1983.

MORAES, Maria Celina Bodin de. “A caminho do Direito Civil Constitucional”. *In: Revista do Direito, Estado e Sociedade*, Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-RJ, vol.1, Rio de Janeiro: julho/dezembro 1991, p. 33 e ss..

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Constituição e Direito Civil: Tendências**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999, pp. 95/113.

MORAES, Maria Celina Bodin de. “O Direito Civil Constitucional”. *In 1988-1998: Uma Década de Constituição*. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.), Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999, 115-127.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil- Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997.

SANTOS, Milton. **Técnica, Espaço, Tempo: Globalização e Meio Técnico-Científico Informacional**. 3.ed. São Paulo: Editora HUCITEC, 1997.

SANTOS, Milton. Por uma outra **Globalização- do Pensamento Único à Consciência Universal**. 2.ed. São Paulo: Editora Record, 2.000.

STRECK, Lenio Luiz. “As Constituições Sociais e a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental”. *In 1988-1998: Uma Década de Constituição*. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.), Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999, 331-368.



# A Importância da Proteção à Propriedade Industrial, o Registro da Marca e a Repressão à Concorrência Desleal

Maria da Penha Nobre Mauro<sup>1</sup>

## 1. Introdução

A proteção à propriedade industrial pode ser considerada como um dos alicerces para a consolidação de uma economia sólida e competitiva, pois, apenas dessa maneira, os criadores podem garantir a propriedade sobre as suas criações e, conseqüentemente, o direito de uso exclusivo sobre elas.

Isso se explica pelo fato de que as empresas investem durante anos em qualidade e propaganda para identificar seus produtos ou serviços no mercado, devendo, então, ser evitado o registro de marcas iguais ou semelhantes, a fim de que o consumidor não seja levado a erro, dúvida ou confusão.

As criações que merecem essa proteção possuem a natureza jurídica de bens, os quais são subdivididos em corpóreos e incorpóreos e, ainda, em móveis e imóveis.

O que analisaremos no presente estudo é a proteção à propriedade industrial, assim considerada a proteção jurídica dos bens incorpóreos que podem ser aplicados de forma prática industrialmente, com ênfase nas marcas de produtos.

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito da 5ª Vara Empresarial - Capital.

Segundo leciona Fábio Ulhoa Coelho<sup>2</sup> *“as marcas são sinais distintivos que identificam, direta ou indiretamente, produtos ou serviços. A identificação se realiza através da aposição do sinal no produto ou no resultado do serviço, na embalagem, nas notas fiscais expedidas, nos anúncios, nos uniformes dos empregados, nos veículos etc.”*

Assim, pode-se dizer que marca é o sinal distintivo de produto, mercadoria ou serviço que estabelece conexão entre o indivíduo e o mundo exterior, permitindo ao homem identificar e adquirir os bens e serviços que pretende; ela é o sinal que leva o consumidor aos produtos e serviços, caracterizando-se como instrumento essencial para a formação de clientela.

## 2. Evolução da Legislação

A proteção legal à marca e ao nome tem por escopo impedir a concorrência desleal, evitando a possibilidade de confusão passível de acarretar desvio de clientela e locupletamento com o esforço alheio.

As medidas de proteção à propriedade industrial passaram a ser adotadas a partir da Convenção de Paris de 1883, a qual instituiu a União da Propriedade Industrial, a partir daí surgindo o regulamento que especifica os aspectos normativos da marca, valendo dizer que, após algumas revisões, a Convenção de Paris foi promulgada no Brasil segundo a revisão de Estocolmo de 1967.

Atualmente, o ordenamento jurídico pátrio confere ampla proteção à propriedade industrial, determinando especificamente os limites e o modo dessa proteção.

Já mesmo na Carta Magna se destaca a expressa proteção contida no artigo 5º, inciso XXIX, que prevê que *“a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”*.

2 COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo, Saraiva, volume 1, 1998, p. 135.

Também o Código Civil prevê, expressamente, em seu artigo 1.228, que “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

Não obstante a já citada ampla proteção conferida à propriedade industrial, atualmente os direitos e as obrigações relativos à propriedade industrial encontram-se regulados especificamente pela Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, em que se destacam não apenas a tutela da marca, mas também a da invenção, a do modelo de utilidade e a do desenho industrial, sendo previstos, ainda, os procedimentos para a concessão da patente e os tipos penais a que estarão sujeitas algumas condutas que afrontem os direitos lá instituídos.

Podem ser citados ainda outros diplomas legais que também disciplinam a propriedade industrial, dentre eles a Lei nº 5.648/1970, que criou o Instituto Nacional de Propriedade Industrial, e o Decreto nº 75.572/1975, que promulgou a Convenção de Paris para a Propriedade Industrial.

Nota-se, assim, que a ciência do Direito muito tem se ocupado com o tratamento conferido à propriedade industrial, o que motivou o surgimento de modernas legislações regulamentando os direitos e as obrigações pertinentes ao tema.

### **3. A Proteção à Marca – Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**

No que se refere à proteção à marca, que é o objeto do presente estudo, a Lei nº 9.279/1996, logo em seu artigo 2º, dispõe que a proteção dos direitos relativos à propriedade industrial será efetuada com a concessão de registro de marca, bem como com a repressão à concorrência desleal.

Quanto à repressão à concorrência desleal, salienta Gabriel Di Blasi<sup>3</sup> que:

---

3 BLASI, Gabriel Di. **A Propriedade Industrial**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2010, p. 26

*“A repressão à concorrência desleal é um capítulo tratado na propriedade industrial que objetiva reprimir ou atacar frontalmente os atos de concorrência contrários aos usos éticos e honrados em matéria de indústria ou de comércio. Considera-se a concorrência desleal quando se utiliza de artifícios repreensíveis, capazes de captar a clientela de empresas com intenções de auferir vantagens a estas pertencentes.”*

Assim, o registro da marca pode ser considerado o ato mais importante para sua efetiva proteção, tendo em vista que garante ao seu titular a sua propriedade e uso exclusivo indefinidamente, desde que prorrogada nos prazos legais, o que afasta a possibilidade de existência de marcas idênticas ou similares, evitando a concorrência desleal, como preceitua o artigo 129 da Lei nº 9.279/1996.

Todos os argumentos analisados no presente estudo conduzem à conclusão de que o registro e a repressão à concorrência desleal são os mais importantes meios de proteção à marca, o que pode ser comprovado no caso concreto que se destaca a seguir, extraído da sentença proferida nos autos do processo nº 0121544-64.2011.5.01.0001:<sup>4</sup>

*“No mérito, trata-se de demanda objetivando compelir as rés a cessarem a prática de atos de concorrência desleal relacionados ao evento “MONANGE DREAM FASHION TOUR”, decorrentes da utilização indevida e desautorizada de seus famosos símbolos distintivos (“asas de anjo”), bem como de qualquer outro elemento que faça alusão ao renomado evento da autora, “VICTORIA’S SECRET FASHION SHOW”, onde as modelos desfilam com “asas de anjo”. Postula-se, outrossim, indenização por danos materiais e morais.*

<sup>4</sup> Processo nº 0121544-64.2011.5.01.0001, em que são partes VICTORIA S SECRET STORES BRAND MANAGEMENT INC e HYPERMARCAS S/A e OUTROS, em trâmite na 5ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Rio de Janeiro.

*De acordo com a inicial, as modelos contratadas pelas rés, algumas das quais, inclusive, “Angels” da VICTORIA’S SECRET, estão desfilando no referido evento da ré com asas de anjo, plu-mas e/ou penas, exatamente como acontece no famoso evento da autora.*

*Aduz que tal símbolo faz parte da identidade visual dos desfiles da VICTORIA’S SECRET e vem sendo utilizado pela autora há mais de 10 anos.*

*Os documentos anexados à inicial, principalmente a farta seleção de fotografias que instrui o processo, não deixam dúvida de que as “asas de anjo” usadas por supermodelos são símbolo distintivo da autora há muitos anos, não apenas nos seus famosos desfiles, mas também em campanhas publicitárias, catálogos, comerciais, produtos, etc., não sendo, de fato, possível associar tal símbolo senão às suas “Angels” e ao seu famoso desfile anual.*

*O uso de sinais e marcas em bens materiais é um dos fatores fundamentais para a comercialização de um produto, e isto se aplica perfeitamente à situação dos autos, pois o signo distintivo em questão é indiscutivelmente um elo de ligação automática com a VICTORIA’S SECRET, convertendo-se quase como em sinônimo da própria marca, não sendo necessário ser nenhum especialista em moda para alcançar essa conclusão, bastando o mero conhecimento da existência da loja/marca VICTORIA’S SECRET, o que é comum.*

*O evento das rés foi claramente inspirado no formato do desfile da autora, o “VICTORIA’S SECRET FASHION SHOW”, um evento grandioso com grande repercussão mundial. São muitas as “coincidências”, a começar pela utilização de modelos com “asas de anjo” (algumas, inclusive, modelos “Angels” da própria*

*VICTORIA’S SECRET*), além da realização de shows de artistas e bandas famosas, de desfiles onde as modelos interagem com o público, etc.

*Não se trata apenas de questionar o uso de “asas de anjo” isoladamente consideradas, pois isto pode ocorrer, afinal, os anjos têm asas mesmo. O problema é o contexto em que o foram no evento organizado pelas rés, pois aí fica evidente a associação proposital com o distintivo da autora. O formato adotado pelas rés é parecidíssimo com o do desfile da VICTORIA’S SECRET, principalmente pela utilização de modelos vestindo “asas de anjo”, exatamente como nos desfiles da autora. Trata-se de uma característica tão marcante e com tanto apelo de marketing, que nem todas as modelos que desfilam usam as asas, mas apenas as 11 supermodelos indicadas pela autora no item 29 da inicial.*

*Sobre o tema, destaque-se o seguinte trecho da r. decisão que antecipou em parte os efeitos da tutela, fundamentos que ora incorporo à presente sentença como razões de decidir:*

*“Isto porque, os documentos acostados atestam, sem sombra de dúvidas, que o evento “Monange Dream Fashion Tour” com produção e patrocínio atribuído às rés, foi idealizado e realizado exatamente nos moldes em que produzido o evento anual da autora, que ocorre há mais de dez anos, sob o título “Victoria’s Secret Fashion”. O confronto das imagens de fls. 09/10 e 16/19 chegam a impressionar em razão da flagrante reprodução. E, não pode passar despercebido o fato de terem sido contratadas modelos da autora (como Adriana Lima e Alessandra Ambrósio) e que participam do evento produzido pela autora (Victoria’s Secret Fashion Show) para desfilarem no evento semelhante de produção das rés.*

*Tem-se, ainda, o fato da autora adotar asas de anjo, usadas pelas supermodelos e que vem sendo identificadas como símbolo distintivo da mesma, em campanhas publicitárias, catálogos, editoriais, comerciais e outros (fls. 10/13), com evidente divulgação e consequente valorização da marca no mercado, possibilitando, assim, maior ganho por parte daquele que “as adotar”, pois poderá colher frutos do trabalho que já é conhecido do mercado como sucesso, provocando, assim, diluição da marca da autora.*

*Igualmente devem ser registradas as reportagens de moda, comentários em blogs e do público em geral que se interessa por moda, acerca do evento das ré e sua semelhança ou reprodução do evento da autora (fls. 19/24).*

*Por outro lado, a semelhança dos eventos pode estabelecer vinculação da autora com a marca de titularidade da primeira ré, o que, evidentemente não se mostra saudável ao mercado de consumo” (fls. 254/255)*

*Esta decisão, vale ressaltar, foi confirmada pela Eg. 6ª Câmara Cível nos seguintes termos:*

*“Agravo de Instrumento. Ação de concorrência desleal. Lei de propriedade industrial. Alegação de utilização de símbolos caracterizadores da marca da autora em evento de música e moda. Deferimento do pedido de antecipação de tutela. Determinação de abstenção de utilização de elementos característicos do Victoria’s Secret Fashion Show nos eventos da ré. Inconformismo.*

*Decisão monocrática que merece ser mantida. Utilização de símbolos distintivos da autora que é capaz de ensejar a vinculação entre os eventos.*

*Aplicação do Verbete n. 59 da Súmula de Jurisprudência desta Corte.*

*Improvemento do recurso e manutenção da decisão combatida.”*

*E o colendo Superior Tribunal de Justiça, às fls. 438/444, manteve a vigência de ambas as decisões.*

*Não se pode alegar coincidência, nem desconhecimento, pois as empresas envolvidas no evento, se não atuam no mesmo ramo comercial da autora, ao menos estão inseridas no mesmo universo, qual seja, o da moda, da cultura pop, do glamour, da agitação e da beleza, como citou a 2ª ré, Globo Comunicação e Participações S/A, na sua contestação, às fls. 377.*

*As “asas de anjo”, inquestionavelmente, fazem parte da identidade visual da VICTORIA'S SECRET e vêm sendo utilizadas pela autora há muitos anos, nos seus desfiles e propagandas. Portanto, ainda que se trate de símbolo distintivo não registrado, é certo que, como sinal agregado à marca VICTORIA'S SECRET, que leva o consumidor aos produtos e serviços da autora, caracteriza-se como instrumento essencial para a formação de sua clientela.*

*O sinal distintivo em questão - “asas de anjo” -, portanto, merece a proteção legal, como forma de impedir a concorrência desleal, só assim evitando-se a possibilidade de confusão passível de acarretar desvio de clientela e locupletamento com o esforço alheio.*

*Destaque-se, nesse contexto, a proteção conferida pelo Código de Defesa do Consumidor, onde, no art. 4º, inc. VI, se estabelece como princípio básico de defesa do consumidor nas relações de consumo “a coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criação industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores.”*



*A conduta das rés está subsumida na definição de concorrência parasitária, eis que tudo nos autos indica que elas buscaram inspiração nas realizações da autora, tentando tirar proveito de seus investimentos no plano artístico ou comercial.*

*É forma, pois, de concorrência desleal, eis que as infratoras se valeram, indevidamente, do prestígio e da fama do concorrente para alavancar o seu próprio negócio, sendo clara a intenção de tirar vantagem do nome e do prestígio adquiridos pela VICTORIA'S SECRET, que é uma mundialmente conhecida loja de lingerie, cosméticos, acessórios, roupas de banho, meias-calças, perfumes, pijamas, bolsas, etc., além de produtora de famosos desfiles com casting de supermodelos, conhecidas como “Angels”.*

*Por tais razões, entendo que a ação mereça prosperar, não apenas para fazer cessar a conduta ilícita, mas também para proporcionar à autora a reparação dos danos que lhe foram infligidos, eis que as rés lucraram com a utilização indevida da sua criação.*

*A reparação deve ser deferida nos termos do art. 209 da Lei 9279/96, obedecidas as diretrizes estabelecidas no art. 210 do referido diploma legal.*

*São devidos, além dos danos materiais, também os danos morais, na modalidade de dano à imagem.*

*A falsificação ou imitação, por si só, induz à vulgarização do produto original e à depreciação da reputação comercial do titular da marca. A falsificação ou imitação, em razão dos efeitos que irradia, fere o direito à imagem do titular da marca, assim ensejando reparação por dano moral. Convém enfatizar que a jurisprudência sequer exige a exposição comercial do produto contrafeito para caracterizar a lesão, no entanto, a situação aqui*

*ainda é mais grave, pois a imitação do sinal distintivo da autora teve ampla divulgação na mídia.*

*Confira-se, a propósito, a jurisprudência:*

*“Direito Comercial e Processo Civil. Recurso Especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Propriedade industrial. Marca. Contrafação. Danos materiais devidos ao titular da marca. Comprovação. Pessoa jurídica. Dano moral.*

*- Na hipótese de contrafação de marca, a procedência do pedido de condenação do falsificador em danos materiais deriva diretamente da prova que revele a existência de contrafação, independentemente de ter sido, o produto falsificado, efetivamente comercializado ou não.*

*- Nesses termos considerados, a indenização por danos materiais não possui como fundamento tão-somente a comercialização do produto falsificado, mas também a vulgarização do produto, a exposição comercial (ao consumidor) do produto falsificado e a depreciação da reputação comercial do titular da marca, levadas a cabo pela prática de falsificação.*

*- A prática de falsificação, em razão dos efeitos que irradia, fere o direito à imagem do titular da marca, o que autoriza, em consequência, a reparação por danos morais.*

*- Recurso especial a que se dá provimento.*

**VOTO**

*(...) A questão posta a desate consiste em saber se a mera existência de contrafação autoriza a condenação em danos materiais, ou se, ao contrário, os danos materiais serão devidos se houver prova não apenas da existência de contrafação, mas da efetiva comercialização do produto falsificado.*

*(...)*

*Duvida não há, na Doutrina e na Jurisprudência (REsp nº. 30.582/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta*

*Turma, DJ 14/08/1995), de que os danos materiais apenas são devidos se efetivamente comprovados no curso da ação de conhecimento.*

*A questão que aqui se coloca é outra, e está relacionada à identificação, nos casos de contrafação de marca, dos elementos suficientes à comprovação da existência de danos materiais.*

*A tese, até hoje sustentada por este Tribunal, é a de que os danos materiais, em tais hipóteses, estão condicionados à prova de comercialização do produto falsificado, porquanto tal comercialização, ainda que de poucas unidades, constitui o elemento hábil a gerar dano patrimonial ao titular da marca.*

*Nessa linha, citem-se os seguintes precedentes: REsp nº. 101.059/RJ, Rel.Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 07/04/1997, REsp nº. 115.088/RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, DJ 07/08/2000, REsp nº. 101.118/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ 11/09/2000 e REsp nº. 316.275/PR, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 12/11/2001.*

*Tal entendimento, entretanto, está a merecer uma evolução interpretativa, considerado o quadro social vigente, e isto por duas razões.*

*Primeiro, porque é notória a enorme extensão que a prática de contrafação assumiu em nosso País, principalmente no segmento de mercado sob análise (artigos de marroquinaria). Esse panorama fático injusto e pernicioso não pode ser ignorado pelo Poder Judiciário, sob pena de não se cumprir, nesse campo, a almejada pacificação social, representada pela ética e lealdade de concorrência que devem informar as práticas comerciais.*

*Segundo, porque o art. 209 da Lei nº. 9279/96, em clara exegese, não condiciona a reparação dos danos materiais à prova de comercialização dos produtos fabricados, in verbis: “Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de proprie-*

*dade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio”.*

*O dispositivo autoriza a reparação material se houver ato de violação de direito de propriedade industrial, o que, no presente processo, constitui fato devidamente comprovado com a apreensão de bolsas falsificadas. Nesses termos considerados, a indenização por danos materiais não possui como fundamento a ‘comercialização do produto falsificado’, mas a ‘vulgarização do produto e a depreciação da reputação comercial do titular da marca’, levadas a cabo pela prática de falsificação.*

*De fato, aquele que estaria disposto a comprar, por uma soma considerável, produto exclusivo, elaborado pelo titular da marca em atenção a diversos padrões de qualidade, durabilidade e segurança, não mais o faria se tal produto fosse vulgarizado por meio de uma falsificação generalizada.*

*Conclui-se, assim, que a falsificação, por si só, provoca substancial redução no faturamento a ser obtido com a venda do produto distinguido pela marca registrada, o que autoriza, em consequência, a reparação por danos materiais.*

*Por violação ao art. 209 da Lei nº. 9.279/96, merece ser o v. acórdão reformado, para se declarar a procedência do pedido de condenação em danos materiais, os quais deverão ser apurados em liquidação de sentença.*

*(...)*

*Da condenação em danos morais*

*(...)*

*A vulgarização do produto e a depreciação da reputação comercial do titular da marca, efeitos da prática de falsificação, constituem elementos suficientes a lesar o direito à imagem do titular da marca, o que autoriza, em consequência, a reparação por da-*

*nos morais, fixados em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Forte em tais, DOU PROVIMENTO ao Recurso Especial para julgar procedente o pedido de condenação em: (a) danos materiais, cujo montante deverá ser fixado em liquidação de sentença, e (b) danos morais, fixados no montante total de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), sendo R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) para cada recorrente”.*

*(Superior Tribunal de Justiça, REsp Nº 466.761 - RJ (2002/0104945-0), Rel. MINISTRA NANCY ANDRIGHI)*

*(...)*

*O dano moral, além da sua natureza compensatória, deve assumir também caráter punitivo, para reprimir a prática abusiva.*

*Penso que estabelecer em R\$ 100.000,00 o valor da indenização adequa-se ao critério da razoabilidade, haja vista a capacidade econômica das partes envolvidas, e não se distancia da natureza punitiva da condenação.*

*Por todo o exposto, julgo procedente o pedido, condenando as rés, solidariamente:*

*I- a se absterem de utilizar nos eventos denominados “MONAN-GE DREAM FASHION TOUR” elementos característicos do “VICTORIA’S SECRET FASHION SHOW”, especialmente os símbolos distintivos da autora, como, por exemplo, as asas de anjo, plumas ou penas usadas nos desfiles de suas supermodelos, ou qualquer outra característica que faça alusão ao renomado evento da autora, inclusive deixando de exibir no site oficial do evento e em seus sites qualquer foto que contenha os referidos símbolos, sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00;*

*II- ao pagamento de indenização por dano material, na forma do art. 210, inc. III, da Lei 9279/96, a ser apurada através de liquidação de sentença por arbitramento;*

*III- ao pagamento de indenização por danos morais no montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), com juros legais de 1% ao mês a partir da data do primeiro fato, e correção monetária;*

*IV- ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de 15% do valor da condenação.” ◆*

# O Papel do Judiciário na Garantia de um Ambiente de Negócio Seguro

Maria Isabel Paes Gonçalves<sup>1</sup>

## Evolução Constitucional

O tema, no sentido amplo, propriedade intelectual, merece breve registro quanto a forma como foi abordado pelas nossas Constituições.

A Constituição do Império de 1824 fez a primeira menção, no ordenamento jurídico brasileiro, à proteção da propriedade industrial. O artigo 179 no inciso XXVI prescrevia que:

*“os inventores terão propriedade de suas descobertas ou das produções. A lei lhes assegurará um privilégio exclusivo e temporário ou lhes remunerará em ressarcimento da perda que hajam de sofrer pela vulgarização”.*

As Constituições da República de 1891 e 1934 mantiveram tal proteção, enquanto a Constituição de 1937 silenciou quanto aos direitos do inventor, que retornou ao texto constitucional em 1946 e em 1967.

Pontes de Miranda, ao comentar o artigo 141 § 17 da Constituição de 1946, afirmou que:

*“O princípio do § 17, oriundo de 1824 e de 1891, tem duplo fito: reconhecer que os inventos industriais representam esforços, que merecem ser recompensados; salvaguardar o lado social da invenção, permitindo que o Estado vulgari-*

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito Titular da 6ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro.

*ze, mediante a paga de prêmio justo, isto é, de acordo com o valor do invento e dos gastos que forem de mister”.*

Na atualidade, a norma está consagrada no artigo 5º, XXIX, da Constituição de 05 de outubro de 1988, com a seguinte redação:

*“a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes das empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.”*

### **Abrangência do Inciso XXIX do Art. 5º Sob o Aspecto da Importância da Eficaz Atuação do Judiciário**

Da expressão “tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”, empregada no enunciado do inciso XXIX do artigo 5º da Constituição, extrai-se que o direito de exploração exclusivo e temporário garantido ao inventor não é direito vinculado apenas ao ato inventivo, mas à combinação do ato inventivo com a expectativa de estímulo da concorrência e, conseqüentemente, de aumento de bem-estar social.

Induidoso que o reconhecimento no texto constitucional de proteção exclusiva aos inventores pressupõe que o sistema de patentes seja um instrumento adequado e efetivo ao fomento de bem-estar social. Seria incoerente com os princípios que norteiam a ordem jurídica brasileira pensar que ao inventor teria sido reconhecido um direito exclusivo de exploração econômica sem que, em contrapartida, isso pudesse reverter de alguma forma em benefícios para a sociedade.

Dessa forma, um Poder Judiciário atuante e eficaz na proteção da propriedade intelectual exerce influência direta na economia nacional, resultando na obtenção do objetivo maior do Estado, o atendimento da dignidade humana.



A percepção de que o mau funcionamento do judiciário tem impacto significativo sobre o desempenho da economia é relativamente recente e reflete o crescente interesse do papel das instituições como determinante do desenvolvimento econômico e na garantia de um ambiente de negócio seguro.

Por outro lado, ao tratar da ordem econômica e financeira, a Constituição estabelece no artigo 170 que:

*A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*

(...)

*IV - livre concorrência;*

*V - defesa do consumidor;*

(...)

Valendo-me do comentário de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, advogado, jurista, político e professor brasileiro.

*“A menção expressa à livre concorrência significa a adesão à economia de mercado, da qual é típica a competição, e importa na igualdade de concorrência, com a exclusão de quaisquer práticas privilegiadoras de uns em detrimento de outros.”*

### **Legislação Infraconstitucional**

A legislação infraconstitucional, por sua vez, na esteira do texto constitucional, é clara no sentido de conferir proteção ampla aos bens protegidos pelo registro através, principalmente, das **Leis 9.279/96** (Marcas e Patentes), **9.456/97** (Cultivares), **9.609/98** (*Software*) e **9.610/98** (Direitos Autorais), além de tratados internacionais, como as

Convenções de Berna, sobre Direitos Autorais, e de Paris, sobre Propriedade Industrial, além de outros acordos como o TRIPs (*Trade Related Intellectual Property Rights*).

O Brasil, ainda que de forma tímida, vem participando de eventos internacionais referentes à proteção da propriedade intelectual, tendo aderido à Convenção de Paris, primeiro acordo internacional relativo à propriedade industrial, assinado em 1883, que ingressou no nosso ordenamento jurídico em 1975, através do Decreto 75.572.

## BRICS

BRIC é uma sigla que designa Brasil, Rússia, Índia e China considerados em economia como países em desenvolvimento. Em 2011, foi acrescentado o “S” indicando África do Sul.

Embora os referidos países não formem um bloco econômico ou político, certo que tal movimento pode ser claramente percebido.

Assim é que, recentemente, em dezembro de 2010, aconteceu, pela primeira vez no Brasil, o Fórum de Propriedade Intelectual dos países do BRIC, realizado no Rio de Janeiro, com o fim de discutir os desafios dos países emergentes na proteção da propriedade intelectual.

“Os desafios para obtenção de direitos de Propriedade Intelectual em mercados emergentes” foi o tema em discussão no *BRIC Intellectual Property Forum* (BIPF).

No encontro, o Diretor Regional da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) para a América Latina no Brasil, Dr. José Graça-Aranha, discorreu sobre o sistema internacional de proteção à propriedade intelectual, abordando os diversos Tratados e Acordos multilaterais, bilaterais e regionais administrados pela organização.

Curiosamente, os países que compõem o grupo BRIC (Brasil, Rússia, Índia e China) foram os piores colocados em pesquisa que, pela primeira vez, estabeleceu um *ranking* comparativo, separado por “fileiras”, com as 22 maiores economias do mundo.

O GIPI (*Global Intellectual Property Index*), divulgado pela empresa

de advocacia Taylor Wessing, realizou comparação estatística entre as nações quanto ao que o relatório proveniente do estudo chama de “competitividade de propriedade intelectual”. As notas e classificações atribuídas aos países têm como base três facetas da propriedade intelectual: marcas, patentes e direitos autorais.

Lamentavelmente, o Brasil teve o pior desempenho entre os países do BRIC.

A conclusão foi de que Brasil, Rússia e Índia ainda são vistos como nações demasiadamente pobres para gerenciar todas as facetas da propriedade intelectual. Reino Unido, Estados Unidos e Alemanha são os países mais avançados quanto ao tema.

Ainda segundo o estudo, nações que sabem gerenciar suas leis de proteção ao conhecimento são vistas como aquelas que apoiam o melhor gerenciamento da propriedade intelectual em uma escala global.

Inquestionável que, sem proteção que ampare os altos investimentos realizados nos processos inventivos, não existe estímulo às empresas para investirem em novas tecnologias e pesquisas.

Para que o mecanismo de compensação inerente a qualquer sistema, em especial na área da propriedade intelectual, funcione, é imprescindível que a instituição jurídica também funcione.

### ***Las Cumbres de las Americas (Summit of the Americas ou Encontro dos Países Americanos)***

No último encontro da Organização dos Países Americanos, que aconteceu agora, em Abril/2012, em Cartagena, Colômbia, a proteção à propriedade intelectual foi discutida como parte da agenda do Presidente Obama.

Nos últimos encontros, os Estados Unidos vêm tentando estabelecer um acordo único com os países sul-americanos que reduza as barreiras de mercado e aumente a proteção da propriedade intelectual.

Para os Estados Unidos, esta proteção é muito importante. Segundo o Presidente Obama: “*a criatividade, engenho e inovação do povo americano*”

*é o patrimônio de maior valor”.*

Isso ocorre, evidentemente, porque há uma forte pressão política das grandes corporações americanas. Entretanto, essa proteção não é necessariamente do interesse de outros países. Políticos sul-americanos não veem como um fator positivo na arrecadação de votos a imposição de restrições às empresas locais.

O Brasil parece ser o líder das nações menos desenvolvidas no que diz respeito à negociação de tratados nos encontros da Cumbre.

### **OMPI-Organização Mundial da Propriedade Intelectual**

OMPI - A Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) é uma das 16 agências especializadas da ONU, criada em 1967, com sede em Genebra. A agência se dedica à constante atualização e proposição de padrões internacionais de proteção às criações intelectuais em âmbito mundial.

No Brasil, o Escritório da OMPI se estabeleceu em fevereiro de 2009, no Rio de Janeiro, com o objetivo de promover novos enfoques e formas de interação e vinculação entre o setor produtivo e os usuários do Sistema de Propriedade Intelectual. Entre as funções da Agência estão: (1) A proteção da Propriedade Intelectual em todo o mundo, mediante a cooperação entre os Estados, (2) Estabelecer e estimular medidas apropriadas para promover a atividade intelectual criadora e facilitar a transmissão de tecnologia relativa à propriedade industrial e (3) Incentivar a negociação de novos tratados internacionais e a modernização das legislações nacionais sobre o assunto.

Em visita oficial aos Estados Unidos, que aconteceu também em Abril/2012, a presidenta Dilma Rousseff e o presidente norte-americano, Barack Obama, discutiram, entre outros temas, a conclusão do instrumento internacional na Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), que assegura acesso igualitário à informação, à cultura e à educação para as pessoas com deficiência visual e dificuldade de leitura.

Os Presidentes confirmaram a intenção de concluir este instrumen-

to efetivo na OMPI para garantir que pessoas com deficiência visual e/ou que tenham dificuldade no acesso à leitura acessem todas as obras literárias possíveis, criando assim uma nova cultura, da acessibilidade.

### **A Atuação/Participação do Judiciário**

Conforme referido acima no Estudo realizado pelo GIPI (*Global Intellectual Property Index*), nações que sabem gerenciar suas leis de proteção ao conhecimento são vistas como aquelas que apoiam o melhor gerenciamento da propriedade intelectual em uma escala global.

Inquestionável que, sem proteção que ampare os altos investimentos realizados nos processos inventivos, não existe estímulo às empresas para investirem em novas tecnologias e pesquisas.

Para que o mecanismo de compensação inerente a qualquer sistema, em especial na área da propriedade intelectual, funcione, é imprescindível que a instituição jurídica também funcione.

### **A Especialização das Varas**

Apropriado que neste fórum de exposição de ideias e conceitos seja colocada a experiência do Rio de Janeiro, ao deslocar para Varas Especializadas a competência e atribuição para solução dos conflitos pertinentes às questões empresariais, incluindo, dentre elas, a matéria concernente à propriedade intelectual.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em dezembro de 2001, ampliou a competência das Varas de Falências e Concordatas existentes, para incluir as ações relativas a Direito Societário, Mercado de Capitais, Direito Marítimo e Propriedade Intelectual, transformando-as em Varas Empresariais, que atualmente julgam também as Ações Coletivas de Direito do Consumidor e aquelas relativas à Arbitragem.

Induvidosamente, a complexidade dos institutos jurídicos e das questões econômicas, bem como a carência de legislação qualificada e atualizada pertinentes à área empresarial, tem exigido dos juízes, sobremaneira,

estudo mais específico e apurado de temas que fogem à competência cível convencional.

A especialização dá possibilidade ao profissional de aprofundar-se na matéria em exame e, conseqüentemente, prestar tutela mais condizente às necessidades do segmento tratado.

Merecendo registro que a riqueza dos temas, sua diversidade e a excelente qualificação dos advogados atuantes nos processos desafiam, instigam e incentivam os magistrados ao permanente aperfeiçoamento e atualização, com vistas à prestação da tutela com maior rapidez e eficácia.

Por outro lado, a presença de um judiciário mais forte e comprometido com questões de ordem global, atento à evolução econômica e social, favorece o aparecimento, no cenário nacional, de empresas mais seguras e confiantes na realização de investimentos, beneficiando a economia e gerando empregos.

### **Da Consciência da Necessidade de Atuação Conjunta e Cooperação Entre as Instituições**

As autoridades brasileiras têm cada vez mais apreendido produtos que violam marcas, direitos autorais e outras espécies de bens protegidos pela propriedade intelectual. E o Judiciário do Rio de Janeiro, de sua parte, vem atuando com rapidez e eficiência, através da concessão de liminares pelos juízes de primeiro grau e suas confirmações pelo segundo grau de jurisdição.

Podem ser citadas as seguintes operações, que mostram o atuar conjunto de instituições pertencentes a diferentes esferas do Poder Estatal:

Dez/2010 – RJ – apreensão produtos contrafeitos de diferentes marcas, cuja medida liminar foi concedida e cumprida pela Justiça Estadual, com ação concomitante da Polícia Civil e da Receita Federal.

Foz do Iguaçu – Operação Comboio – Receita Federal do Brasil, com o apoio das Polícias Federal e Rodoviária Federal, contando ainda com o auxílio da agência nacional de transportes terrestres – ANTT e outras entidades de governo, na qual foi apreendida grande quantidade

de ônibus montados para transportar produtos, restando atingidas quadrilhas especializadas em “importar” pirataria, contrabando de drogas e armas para o país.

Estudo da UNICAMP revelou que, em virtude das práticas de pirataria, descaminho e contrabando, deixam de ser gerados no país algo em torno de 2 milhões de empregos formais por ano; a perda de arrecadação federal foi estimada em R\$ 30 bilhões/ano.

Essa situação que afeta a economia do País, estabelece prejuízos ao público e ao particular, ocasionando desestímulo à indústria nacional, queda da arrecadação tributária, evasão de divisas, facilitação à lavagem de dinheiro, sem contar as pressões internacionais e os prejuízos causados aos consumidores.

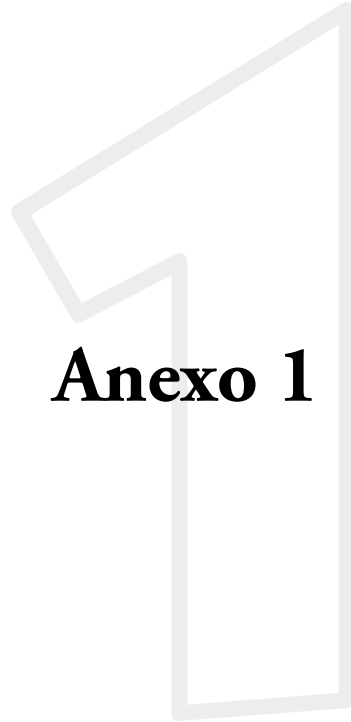
## Globalização

A globalização é fenômeno que vem mudando a forma e o modo de vermos o mundo. No campo econômico, tem realizado profundas modificações na maioria dos países. E, como registrou o Exmo. Desembargador Antônio Esteves: **“A propriedade industrial é ciência globalizada desde sempre”**. Fenômeno que, sem dúvida, exige integração cada vez maior entre judiciário, direito e economia dos diversos Estados. Seja por força dos contratos, dos negócios, das parcerias ou de atos similares firmados entre os países.

## Conclusão

O tema possibilita discussão rica em variadas vertentes, bastando um olhar um pouco mais atento à sua diversidade para compreender que seu alcance transcende a dimensão dos autos do processo. Essa discussão pode ajudar a evitar ou, ao menos, minimizar efeitos mais danosos aos titulares de direitos protegidos pelo ordenamento especial.

Ao que, todos os envolvidos de diferentes formas, devemos ter a consciência da importância do debate, em atenção à questão que se impõe e à necessidade de atuação rápida e eficaz do Judiciário. ♦



# **Anexo 1**





## Programação do Curso

# Propriedade Industrial e Desenvolvimento: O Papel do Poder Judiciário

Dia 14 de maio de 2012

**Das 9h às 9:30h**

### **Abertura:**

Desembargadora Leila Mariano

*Diretora-Geral da EMERJ.*

Desembargadora Liliane Roriz

*Diretora da EMARF*

Desembargador Antonio Carlos Esteves Torres

*Presidente do Fórum Permanente de Direito Empresarial*

Dr. Fabiano de Bem da Rocha

*Presidente da ABAPI*

Dr. Luis Henrique O. do Amaral

*Presidente da ABPI*

Dr. Gabriel Francisco Leonardos

*Conselheiro e Presidente da Comissão de Propriedade*

*Industrial e Pirataria da OAB/RJ*

Dr. Jorge de Paula Costa Ávila

*Presidente do INPI*

**Das 9h30min às 11h**

**Painel 1: O papel do Judiciário na garantia de  
um ambiente denegócio seguro**

### **Palestrantes:**

Desembargador Antonio Carlos Esteves Torres

Juíza de Direito Maria Isabel Paes Gonçalves

### **Debatedor:**

Advogado Luis Fernando Matos Jr

**Moderador:**

Advogado Herlon Monteiro Fontes

**Das 11h às 12h30****Painel 2: O Judiciário e a LPI: o que mudou em uma década e meia?****Palestrantes:**

Advogado Joaquim Eugênio Goulart

Juiz Federal Aluísio Gonçalves de Castro Mendes

**Debatedor:**

Advogado Gabriel Francisco Leonardos

**Moderador:**

Desembargador Cezar Augusto Rodrigues Costa

**Das 12h30min às 14h30min****Almoço livre****Das 14h30min às 16h****Painel 3: - A experiência das varas especializadas****Palestrantes:**

Juíza Federal Marcia Maria Nunes de Barros

Juíza de Direito Marcia Cunha Silva Araújo de Carvalho

**Debatedor:**

Advogado Fabiano de Bem da Rocha

**Moderador:**

Procurador Geral do INPI Mauro Sodré Maia

**Das 16h às 17h30****Painel 4 :- Os desafios do Judiciário na era do conhecimento****Palestrantes:**

Desembargador Luiz Fernando Carvalho

Desembargadora Federal Liliane Roriz

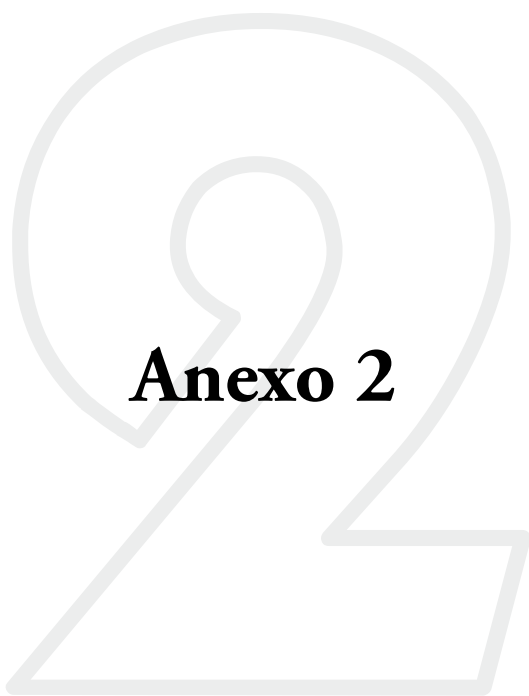
**Debatedor:**

Advogado Claudio Lins de Vasconcelos

**Moderador:**

Advogado Carlos Henrique de Carvalho Fróes

**Das 17h30min às 18h****Encerramento**



**Anexo 2**



**EMERJ**

**PROCESSO Nº 2012164****PARECER nº 2012164 – 0022012****ESCOLA:** Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ**CURSO: Propriedade Industrial e Desenvolvimento: O Papel do Poder Judiciário**

Senhor Coordenador de Ensino,

**I – Relatório**

A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ solicitou, em 27 de abril de 2012, o credenciamento do curso intitulado **“Propriedade Industrial e Desenvolvimento: O Papel do Poder Judiciário”**, sob a modalidade presencial, com carga horária de 10 (dez) horas-aula, oferecidas 250 (duzentas e cinquenta) vagas. O curso será ministrado no período de 14 e 15 de maio de 2012

Examinado o pedido, verificou-se que, com exceção ao prazo para solicitação do credenciamento, foram atendidas as determinações normativas da Enfam.

Obedecendo aos ditames do Art. 13, da Resolução nº 1, de 6 de junho de 2011, o Processo foi concluso ao Excelentíssimo Senhor Ministro Diretor-Geral da Enfam, que assim decidiu:

*“Trata-se de pedido de credenciamento de curso, sob a modalidade presencial, com duração de 20 (horas) horas-aula, solicitado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).*

*O pedido de credenciamento do curso em análise, embora atenda a quase totalidade das disposições exigidas pela Enfam (Resolução nº 1, de 8 de junho de 2011 e Resolução nº 2, de 16 de março e 2009), foi apresentado intempestivamente.*

*A Desembargadora Leila Mariano, Diretora-Geral da EMERJ justificou a extemporaneidade aduzindo:*

*“Devido à dificuldade de obtermos, em tempo hábil, as informações necessárias ao cadastramento dos cursos abaixo elencados, vimos solicitar o obséquio de aceitar, intempestivamente, os pedidos de credenciamento.*

CURSO	Observação:
IV Jornada Médico-Jurídica de Saúde Suplementar. "Composição Alternativa dos Conflitos de saúde"	Processo Nº 201.2157
1º Seminário de Direito Eleitoral: Temas Relevantes para as Eleições de 2012	Processo nº 201.2156
Propriedade Industrial e Desenvolvimento: O papel do Poder Judiciário	Encaminhado em 27/04/2012 e reenviado em 02/04
Seminário de Direito Sanitário	Pedido de credenciamento enviado em 27/04/2012

Contando com sua habitual atenção",

*Acolho a justificativa apresentada pela Escola Judicial do Estado do Amapá. Determino o processamento do feito. Comunique-se."*

## II - Conclusão

Diante do exposto, sanada a pendência e preenchidos os requisitos dos atos normativos que regem a matéria (Resolução nº 1, de 6 de junho de 2011 e Resolução nº 2, de 16 de março e 2009), opino pelo deferimento do pedido de credenciamento do curso de "**Propriedade Industrial e Desenvolvimento: O Papel do Poder Judiciário**", realizado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

À superior consideração.

Brasília, 25 de junho de 2012

  
Márcia Goulart Milán Yamaguti  
Enfam – Técnica Judiciária

## ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

### PORTARIA Nº 241 DE 26 DE JUNHO DE 2012.

Credencia o curso de aperfeiçoamento denominado "**Propriedade Industrial e Desenvolvimento: O Papel do Poder Judiciário**", ministrado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

**O DIRETOR-GERAL DA ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS**, usando de suas atribuições e tendo em vista o disposto na Resolução nº 1 da Enfam, de 6 de junho de 2011,

### RESOLVE

Credenciar, para efeitos do disposto na mencionada resolução, o curso de aperfeiçoamento denominado "**Propriedade Industrial e Desenvolvimento: O Papel do Poder Judiciário**", com carga horária total de 10 (dez) horas-aula, ministrado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), nos termos do Processo nº 2012164 - Credenciamento.

  
Ministro Cesar Asfor Rocha  
Diretor-Geral

Enfam

Portaria de credenciamento nº 241 de 26 / 06 / 12

Publicada no DJ de 26 / 08 / 12

Conferido por 